مذكرة في القواعد الفقهية

أ.د محمد سنيني

تمهيد:

إن الفقه ليس هو حفظ الفروع والجزئيات، بل الفقه كما قال الزركشي:«الفقه: جمع وفرق»؛ أي يجمع بين الفروع ويفرق بينها؛ ولذلك بعث عمر بكتابه إلى أبي موسى؛ فقال له:«اعرف الأشباه والأمثال ثم قس الأمورعندك، واعمد إلى أحبها إلى الله...»، أي اعرف الفروع المتشابهة، واجمعها في قاعدة واحدة.

فالفقه هو جمع تلك الفروع وحصرها في قاعدة واحدة والفرق بينها، وقال السيوطي:«إن رسالة عمر صريحة في جمع الأشباه والنظائر، والقياس عليها»، وكذلك فإن الفرق بين تلك الجزئيات يُسهل فهم ما شرد عن هذه الجزئيات.

ومادة القواعد وسط بين الفقه والأصول، فهي ليست شبيهة بالفقه أكثر ولا بالأصول أكثر؛ بل تدور بينهما، ولذلك اهتم بها العلماء اهتمامًا كبيرًا، وما ذلك إلا لأنها في غاية الأهمية لكل فقيه يتصدر الفتوى، وهي مع ذلك تعين طالب العلم ة على معرفة أحكام الفروع الفقهية؛ إذ أنها تضم حتمًا مالا يحصى من الفروع الفقهية فهي بذلك توفر للباحث الكثير من الوقت، لكونها تغني عن البحث في الكثير من الفروع.

1- تعريف القواعد الفقهية[1]:

أ- لغة:

الأساس وهو ما يرفع عليه البنيان سواء كان معنويًا أو حسيًا.

فالمعنوي كقوله صلى الله عليه وسلم:"بني الإسلام على خمس..."،**والحسي:** كقوله تعالى:﴿**وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ**﴾(البقرة:127)، وقوله تعالى:﴿**قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لَا يَشْعُرُونَ (26)**﴾(النحل).

ب- اصطلاحًا:

1- اعتمدت كثيرا في تعريف القاعدة الفقهية، وما بعدها إلى مبحث حجيتها على وجه الخصوص: على ماسطره كل من: أحمد بوطاهر الخطابي في مقدمة تحقيقة لـ"إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي"؛ وأحمد بن عبد الله بن حميد في مقدمة تحقيقه لـ:القواعد للمقري"؛ وعلى أحمد الندوي في كتابه"القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للإمام جمال الدين الحصيري".

اختلفت عبارات المعرفينللقاعدة الفقهية، غير أنها جميعها متقاربة فيما بينها؛ منها:

–القاعدة: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها.

– القاعدة: قضية كلية يتعرف منها على أحكام جزئياتها.

– القاعدة: الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه.

وقولهم«كلية» يتبادرإلى الذهن لأول وهلة، أن القاعدة تشبه القاعدة العقلية التي ليس لها مستثنيات، لكن بتتبع تطبيقات القاعدة الفقهية نجدها لا تحتوي على كل الجزئيات، فهي إذًا أغلبية، لا كلية؛ لوجود شوارد شذت عنه؛ لأن الشوارد التي يحتمل وجودها في القاعدة قليلة جدًا، والقليل لا حكم له؛ إذ لا مانع من اعتبار القاعدة كلية، وإن قلناأنها أغلبية، فلا مشاحة.

2– أنواع القواعد الفقهية:

تقسيم القواعد إلى نوعين: عام وخاص.

أ–**النوع العام:** هي تلك القواعد الجامعة لأحكام عدة من أبواب مختلفة، وهي ما يسمى بلغة العصر: «النظريات العامة للفقه الإسلامي»؛وذلك لأنها تستوعب أحكامًا عديدة في عبارة قصيرة ودلالة أوسع، وهذا النوع على قسمين:

1– متفق عليه: يراد به تلك القواعد العامة التي اتفق الفقهاء عليها وعلى الجزئيات والفروع التي تدخل تحتها؛ لهذا كانت صياغتها صياغة خبرية؛ مثل: «درء المفاسد مقدم على جلب المصالح»؛ فهذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه، وكذلك: «الضرورات تبيح المحظورات».

2– مختلف فيه:وهي القواعد التي اختلف فيها الفقهاء واختلفوا في الجزئيات التي تندرج تحتها؛ ولذلك فهي تصاغ بصيغة استفهامية؛ مثل قاعدة:« هل المعدوم شرعًا، كالمعدوم حسًا؟»؛أي: هل المعدوم شرعًا هو باطل ومعدوم حسًا أم لا؟؛ مثاله: زوج حلف ألا يطأ زوجته، ثم وطئها وهي حائض أو هي صائمة، فهل يحنث على اعتبار أن هذا الوطأ موجود حسا،أو لا يحنث باعتبار أن الشرعحرمه؛ فهو معدوم من جهة الشرع.

والمشهور عند المالكية: أن المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا، كما ذكره المقرى في كتابه "القواعد"، وعليه يأثم ولا كفارة عليه.

وكذلك القاعدة التي تقول:« هل ينقض الظن بالظن؟».

كأن يجتهد إنسان في مسألة ما-« والاجتهاد مبناه الظن»-، ثم بعد ذلك يتغيراجتهاده الأول، مثاله: كمن كان عنده مجموعة من الأواني وأراد أن يتوضأ فاجتهد في تبين طهارة أحدها، فتوضأ ثم صلى،وبعد ذلكتغير اجتهاده فظهر له أن الإناء الذي توضأ منه نجس، وأن غيره طاهر، فهل يعيد أو لا يعيد؟

فمن قال:« الظن ينقض بالظن» قال: يعيد، وعلى العكس فإنه لا يعيد، والمشهور عند الفقهاء أنه لا ينقض الظن بالظن.

ب- النوع الخاص: قواعدة فقهية تندرج تحتها أحكام وجزئيات، إلا أنها من باب واحد غالبًا، وهو قسمان:

1- قواعد فقهية متفق عليها:

كقولهم في باب واحد:«كل كفارة سببها معصية، فهي على الفور»

وهذه ككفارة الظهار، وكالقتل والجماع في نهار رمضان.

فهذه تعلقت بباب واحد وهو باب الكفارات، وكذلك: «كل ماء لم يتغير أحد أوصافه فهو طهور» فهذه خاصة بباب المياه.

2- قواعد فقهية مختلف فيها:

وتصاغ صياغة مقرونة بالاستفهام كقولنا:« هل النكاح من باب الأقوات، أو من باب التفكهات»، فهذه القاعدة يندرج تحتها: فرع تزويج الابنلأبيه، فإن قلنا: إنها من باب الأقوات وجب على الابنإعفاف أبيه بتزويجه، وعلى العكس إن كان النكاح «من باب التفكهات، »فلا يجب عليه تزويجه.

ومذهب مالك: على أنه من باب الأقوات، وبالتالي يوجبون تزويج الابن لأبيه إن كان ميسورًا، وإن لم تكفه واحدة زاده ثانية.

ومما تقدم يمكن تقسيم القواعد الفقهية إلى أربعة أقسام:

1- قواعد فقهية عامة: مسلمة لا خلاف فيها تندرج تحتها مسائل من أبواب مختلفة غالبًا.

2- قواعد فقهية عامة: كسابقتها لكن اختلف فيها، وفي ألأحكام التي تندرج تحتها؛ وهذه القواعد منأصول الخلاف بين المذاهب.

3- قواعد فقهية خاصة: مسلمة لا خلاف فيها ولا في الفروع التي تندرج تحتها، وتسمى عند بعضهم "الكليات الفقهية"، وأهم من ألف فيها « ابن غازي والمقري».

4- قواعد فقهية خاصة: كسابقتها إلا أنها اختلف فيها وفي فروعها؛ وهي تختص بباب واحد غالبًا.

الفرق بين القاعدة والأصل:

الأصل في اللغة: أسفل الشيء.

وفي الاصطلاح: فيطلق على معان عدة.

فيطلق على الدليل، مثل: الأصل في المسألة أي الدليل فيها، ويطلق على الراجح، وعلى القاعدة المستمرة وعلى القاعدة الكلية، ويطلق على المقيس عليه، غير أن الأصولين يعنون بالأصل الدليل.

أما علماء القواعد الفقهية فيعنون به الراجح أو القاعدة، إلا أنه يبدو أن الأصل أعم من القاعدة والضابط، فكل ما يبنى عليه مسائل فقهية سواء من باب واحد أو من أبواب مختلفة يسمى أصلًا.

أهمية القواعد الفقهية، ومكانتها:

علم القواعد الفقهية من أهم العلوم الشرعية، ولذلك اعتنى به العلماء، وعلماء المذاهب الخاصة.

يقول الإمام السرخسي –الحنفي- : «من أحكم الأصول فهمًا ودراية، تيسر عليه تخريجها»؛ أي تخريج فروعها.

وقال ابن نجيم الحنفي:« هي أصول الفقه في الحقيقة؛ وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى...».

وقال القرافي في الفروق: - ج03/1«... هذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهررونق الفقه و يعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف...».

وقال الإمام السبكي: «حق على طالب التحقيق ومن يتشوف إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق، أن يحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض وينهض بعبء الاجتهاد أتم نهوض...».

وقال ابن رجب:«...فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد...».

ومن أقوال العلماء نستنتج مايلي:

-إن إحكام هذه القواعد فهمًا ودراية تربي في الفقيه ملكة فقهية تجعله متمكنًا من التخريج والتنظير.

- دراسة هذه القواعد تساعد على حفظ وضبط المسائل الكثيرة، وتسهل الوصول إلى الحكم من غير عناء ومراجعة طويلة؛ بحيث أن القاعدة تكون وسيلة لاستحضار الأحكام.

تنبيه:يقول العلامة: محمد الطاهر بن عاشور:«يعد من أسباب التأخر في الفقه عدم العناية بجمع النظائر والقواعد للفروع المتحدة بذكر الحِكم الجامعة بينها حتى يستغنى عن كثرة التفريع، وحتى تكون الفروع كالأمثلة للقواعد...».

لمحة تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية وتطورها وتدوينها:

من الصعوبة بمكان تحديد وقت ظهور هذه القواعد؛ لأنها مرت بأطوار مختلفة، ولأنها لم توضع جملة واحدة.

فقد بدأت أثارهذا العلم تظهر في كتب القرن الثاني للهجرة؛ ككتاب أبي يوسف "الخراج"، وكتاب محمد بن الحسن الشيباني، وكذا الإمام الشافعي "الرسالة، وأحكام القرآن "، وإن كانت محدودة وليست مقصودة بالتأليف، لكن لما ازدهر الفقه وولع المسلمون بفن التدوين بدأ ظهور التأليف في علم القواعد الفقهية، وذلك ابتداءً من القرن الرابع الهجري، وفيه ألف الإمام أبو الحسن بن عبد الله الكرخي، (ت 348هـ) "كتابه أصول الكرخي"، وهي رسالة مشهورة جعلها في قواعد المذهب الحنفي.

ووضع الإمام محمد بن الحارث الخشني المالكي(ت 361هـ) كتابه "أصول الفتيا" في الفقه على مذهب الإمام مالك.

وفي القرن الخامس الهجري صنف الإمام أبو زيد الدبوسي الحنفي (ت 430 هـ) كتابه "تأسيس النظر".

وفي هذا القرن برز إمام الحرمين الجويني (ت 478 هـ)؛ إذ قام بتقعيد الأصول في كتابه "غياث الأمم في التياث الظلم"؛فاهتم في فصل من فصوله بالقواعد، وإلا فهو أصلًا في السياسة الشرعية.

وبعد القرنين الرابع والخامس، تطور تدوين هذا العلم وأخذ جانب التخصيص في كل مذهب. وهذه أهم الكتب بالنسبة لكل مذهب:

أ- المذهب الحنفي:

1-أصول الجامع الكبير، للعلامة الملك الأعظم عيسى الأيوبي (ت 623هـ).

2- الأشباه والنظائر، لابن نجيم (ت970 هـ).

3- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية ،محمود حمزة الحسيني(ت 1305 هـ).

4- شرح القواعد الفقهية – الكتاب في شرح قواعد المجلة العدلية–، والتي تضمنت تسعًا وتسعين قاعدة، لأحمد الزرقاء (ت1357 هـ).

5- قواعد الفقه، لعميم الإحسان البنجلديشى المجددي.

ب – المذهب المالكي:

1- الفروق، لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي (ت 648 هـ).
2- القواعد، لأبي عبد الله محمد بن محمد المقري الجزائري (ت 758 هـ).
3- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، لمحمد بن يحيى الونشريسي الجزائري (ت 914 هـ).
4- الإسعاف بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد المذهب.

وأصل الكتاب منظومة اسمها المنهج المنتخب، للزقاق(ت 912 هـ) شرحها عالم مالكي؛ وهو أحمد المنجور الفاسي، ثم جاء التواتي فاختصر الشرح.

ج – المذهب الشافعي:

1- المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي (ت 761 هـ).
2- الأشباه والنظائر، لتاج الدين السبكي(ت 771 هـ).
3- المنثور في القواعد، للإمام الزركشي(ت 794 هـ).

4- القواعد، لتقي الدين الحصني(ت 829 هـ).

5- الأشباه والنظائر، للسيوطي(ت 911 هـ).

ج- المذهب الحنبلي:

1- القواعد النورانية الفقهية، لابن تيمية(ت 728 هـ).

2- القواعد الفقهية، لابن قاضي الجبل(ت 771هـ).

3- كتاب القواعد، لابن رجب الحنبلي(ت 795 هـ).

4- القواعد الكلية والضوابط الفقهية، لابن عبد الهادي(ت 90 هـ).

5- القواعد والأصول الجامعة، لعبد الرحمن السعدي(ت 1376 هـ).

مصادر القواعد الفقهية:

جل القواعد الفقهية مصدرها الكتاب أو السنة أو القياس؛ ولهذا كان التدبر في القواعد الجامعة المستوحاة من الكتاب والسنة يعين على اكتساب الملكة الفقهية باعتبارها ذات نصوص صريحة منقولة:

أ- من الكتاب:

1- «الأموربمقاصدها»،استنبطت من قوله تعالى:﴿**وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَالْمُصْلِحِ**﴾ (البقرة:220)نص ذلك السيوطي في كتابه الإكليل في استنباط التنزيل، وسبقه إليه محمد بن الحسنالشيباني.

2- قوله تعالى﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**﴾(المائدة:2) استنبط منه قاعدة "جلب المنافع ودرء المفاسد"؛ فـ﴿ **وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى**﴾ دالة على جلب المنافع، و﴿**وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** ﴾، دالة على درء المفاسد.

كما استنبط منه قاعدة: "ما حرم أخذه حرم إعطاؤه"، كالربا.

3- قوله عزو جل﴿**وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**﴾ استنبط منها قاعدة"الضرر يزال".

4- قوله سبحانه﴿**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا**﴾، قال ابن عطية المالكي في كتابه "فتحالعزيز":هذه الآيةنص بأن الشريعة لا تقرر على مكلفيها شيئًا لا يطاق.

ومنها استنبطت قاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وقاعدة"الميسور لا يسقط بالمعسور"، وقاعدة"، و"ما لا يستطاع الامتناع عنه، فهو عفو".

ب- من السنة:

ثمة أحاديث تمثل قواعد فقهية جامعة لأحكام وفروع مختلفة؛:

1-"الخراج بالضمان".

2- "جرح العجماء جبار"؛ أي هدر.

3- "الزعيم غارم".

4- "الأعمال بالنيات".

5-"البينة على المدعي واليمين على من أنكر".

5- "الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور متشابهات".

7- "من رأى منكم منكرًا، فليغيره".

9-"من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهوله" أخرجه أبو داود والبيهقي، قال ابن حجر في الإصابة: إسناده جيد.

ج- الاجتهاد:

وهو أن يبذل وسعه في جمع مجموعة من الفروع ثم يصوغها تحت قاعدة فقهية معينة.

د- اللغة:

وتؤخذ القاعدة من اللغة كذلك مثل:"إذا بطل الأصل يصار إلى البدل"، فهذه القاعدة الفقهية تجدها حاضرة في أبواب؛منها باب التيمم، وكذلك المجتهد يستعمل قواعد اللغة؛ مثل قاعدة: "السؤال معاد في الجواب"؛ فإذا قالت الزوجة:طلقتني ثلاثًا؟، فإذا قال: نعم، فتطلق عليه ثلاثا.

حجية القاعدة الفقهية:

لا خلاف أن القاعدة الفقهية إذا كان مصدرها الكتاب والسنة بأنها حجة، وإنما الخلاف في القاعدة التي مصدرها الاجتهاد باستعمال ضروب مسالكه.

فذهب بعض العلماء إلى أنها شاهد يستأنس به، ولا يمكن الاعتماد عليها في استخراج حكم فقهي فليست دليلًا في نفسها، إلا أن هناك نصوص فقهية لبعض العلماء يفهم منها أن القاعدة الفقهية حجة، فهذا الإمام الشاطبي يقول: « ... إن الاستقراء بتصفح الجزئيات ليثبت من جهتها حكم عام قطعي وإما ظني فهو أمر مسلم عند أهل العلوم العقلية والنقلية، فإذا تم الاستقراء حكم به مطلقًا في فرد يقدر...».

والاستقراء نوعان: تام – ناقص( )[1].

1– التام:وذلك بأن يستقرئ جميع الفروع ويجمعها، وهذا حجة بلا خلاف، لكون الصحابة أخذوا به واكتفوا وهو يفيد القطع، وهو كقولهم: كل صلاة إما أن تكون مفروضة أو نافلة، وأيهما كان لا بد أن تكون على طهارة.

2– الناقص: وهو تتبع بعض الجزئيات ويغلب على ظنك أنها تندرج تحت قاعدة كلية، وهذا يفيد الظن الغالب وهو معمول به، وهذا يسميه العلماء بـ: إلحاق الفرد بالأغلب، فهذا حجة على الراجح، كما قال القرافي.

ومثاله: قولهم الفرض لا يؤدى على الراحلة، فيغلب على ظنك بأن الوتر ليس بفرض؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أداه على الراحلة.

وجاء في شرح (مرتقى الأصول):"إن الاستقراء التام حجة قطعية في الاحتجاج به اتفاقًا؛ لأنه عام لكل صورة من الجزئيات.أ

أما الاستقراء الظني – أي الناقص –وهو الاستقراء لبعض الجزئيات، فهو حجة ظنية؛ ويسمى عند الأصوليين بـ : إلحاق الفرد بالأغلب.

وقد صرح الفراقيينقض حكم القاضي إن خالف قاعدة من القواعد السالمة عن المعارض؛ فهو يجعل القاعدة في درجة الحجة القوية التي ينقض بها حكم القاضي، وفي كلامه دفع القاعدة الفقهية إلى مصاف الكتاب والسنة والإجماع والقياس الجلي.

وقد قال بعضهم:

([1])– سيأتي مزيد تفصيل عن الاستقراء في ملحق"النظريات الفقهية" قريبا.

إذا قضى حاكم يومًا بأربعه فالحكم منتقض من بعد إبرام

خلاف نص أو إجماع أو قاعدة ثم قياس جلي دون إيهام

ونقل عن الإمام أبي عبد الله بن عرفة (ت 803هـ) جواز نسبة القول إلى المذهب استنباطًا من القاعدة الفقهية، فقد ذكر الحطاب (ت 958 هـ) في مقدمة كتابه مواهب الجليل قال:سئل ابن عرفة؛ هل يجوز أن يقال في طريق من الطرق هذا مذهب مالك؟

فأجاب: بأن من له معرفة بقواعد المذهب ومشهور أقواله والترجيح والقياس يجوز له ذلك بعد بذل جهده في تذكرهفي قواعد المذهب، ومن لم يكن له ذلك لا يجوز له ذلك».

وهذا يدل على أن ابن عرفة يرى صحة الحكم استنادًا إلى القواعد الفقهية، فإذا جاز نسبة القول إلى المذهب بناءً على القاعدة جاز الحكم بها.

ومما يرجح العمل بالقاعدة الفقهية: أن من أصول مذهب مالك: ترجيح خبر الآحاد على القياس إذا عضدته قاعدة، وإن كان وحده تركه.

قال ابن العربي: مشهور قول مالك أن الحديث المخالف للقياس أو للقاعدة إذا عضدته قاعدة أخرى قال به، وإن كان وحده تركه.

ومن ذلك: حديث"إذا الكلب في إناء أحدكم، فليغسله سبعا، إحداهن بالتراب"، فهو مخالف لقاعدة إباحة صيده؛ ولأنه حي، والحياة أمارة على الطهارة؛ فهو مخالف للقواعد، ولا قاعدة تزكيه.

ومن ذلك: حديث العرايا؛ فإن صدمته قاعدة الربا، فهو معضد بقاعدة المعروف ودفع الحرج.

ملحق في"النظريات الفقهية"([1])

بيان المفاهيم والمصطلحات المتعلقة بالنظريات:

([1])–ارتأيت أن أدخل هنا ما قد أنجزته من عمل عن"النظريات الفقهية"، والذي كلفت به ضمن وحدة"النظريات الفقهية" بجامعة أدرار؛ والتي اعتمدت من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي؛ وسبب ذلك لوقوع اللبس بينها وبين مسالك الاستنباط والتخريج الفقهي من جهة، ومن جهة أخرى لم يحرر فيها كلاما يشفي الغليل.

تأتي النظريات الفقهية في وقت قد بلغت فيه مسالك الاستنباط والتخريج الفقهي غايتها, ومن ثم اقتصرت جهود الباحثين في استقراءها من مظانها الأصلية أو الفرعية, أو تهذيبها, أو تأصيل لها, أو تقريبها ودراستها([1]).

وتمثل تلك المسالك في القواعد الأصولية, القواعد الفقهية, والكليات الفقهية.

ونظرا لحداثة نشوء النظريات الفقهية, وتأثرها بالمنهج القانوني الحديث سعى الباحثون إلى التمييز بينها وبين مسالك الاستنباط.

والناظر في الحركة الفقهية, وخاصة المتعلقة بتقريب تلك المسالك, وما جرى عليها من دراسات يجد أن الباحثين لا يخلطون بين القواعد الأصولية والنظريات الفقهية, وإنما وقع اللبس من بعضهم بين النظريات الفقهية والقواعد الفقهية.

ولبيان ذلك اللبس, ومعرفة مفهوم النظريات الفقهية حتى تتميز كفن قائم بذاته لابد من عقد تعريفات لتلك المسالك, وحينها يتبين الفرق بينها وبين النظريات الفقهية:

أولا: تعريف القواعد الأصولية.

ثانيا: تعريف القواعد الفقهية.

ثالثا: تعريف الكليات الفقهية.

رابعا: تعريف النظريات الفقهية.

أولا: تعريف القواعد الأصولية:هي: "المناهج التي تحد وتبين الطريق الذي يلتزمه الفقيه في استخراج الأحكام من أدلتها, ويرتب تلك الأدلة من حيث قوتها, فيقدم القرآن على السنة, والسنة على القياس, وسائر الأدلة التي لا تقوم على النصوص مباشرة"([2]).

ثانيا: تعريف القواعد الفقهية:

([1])– ثمت مساعي تدعو إلى تجديد" أصول الفقه", إلا أنها لم تلق الالتفافة المناسبة, مثل ذلك دعوة حسن الترابي.

([2])– أصول الفقه لأبي زهرة: 7–8. اقتصرنا على هذا التعريف لأبي زهرة, لأن باقي التعريفات تصب في نفس المعنى, وإن اختلفت في الصياغة.

وزيادة على ما مر من تعريفها؛ فتعرف بأنها: "حكم كلي مستند إلى دليل شرعي, مصوغ صياغة تجريدية مُحكمة, منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الغلبة"([1]).

ثالثا: تعريف الكليات الفقهية:

هي:"قواعد خاصة مسلمة, لا اختلاف فيها, ولا في فروعها غالبا, وتندرج تحتها أحكام متشابهة من باب واحد غالبا"([2]).

ويطلق عليها"الضوابط الفقهية" عند بعضهم([3]).

رابعا: تعريف النظريات الفقهية:

كثير من الباحثين مما ألفوا في دراسة بعض النظريات الفقهية يغفلون عن التعرض لتعريف مصطلح "النظرية الفقهية", وقد صرح بعضهم أنه لم يجد تعريفا لها عند القدماء مبينا أن سبب ذلك يرجع في كونهم لم يعنوا ببحثها, وإنما كانوا يتناولون كل واقعة على حدة بالبحث([4]).

وقد حاول بعض الباحثين إيجاد تعريفا لها:

فعرفها مصطفى الزرقاء بقوله هي:"تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي كانبثات أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني, وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام, وذلك كفكرة الملكية وأسابها, وفكرة العقد وقواعده ونتائجه, وفكرة الأهلية وأنواعها ومراحلها وعوارضها,...إلى غير ذلك من

([1])- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للروكي: 48, وقد عرض الروكي تعريفات القاعدة الفقهية عند القدماء, ومشيراً أن الباحثين المعاصرين لم يتجاوزا تلك التعريفات, ذاكراً أن أحمد الندوي حاول أن يصوغ تعريفا جامعا مانعا للقاعدة الفقهية, إلا أنه عقد التعريف تعقيدا, وأفسده إفسادا, كما قال, ومبينا فساده . انظر: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للروكي: 39-47.

([2])- مقدمة تحقيق"إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي" لأحمد بوطاهر الخطابي: 113.

([3])- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للروكي: 51-52.

([4])- انظر: النظريات الفقهية لفتحي الدريني: 139.

النظريات الكبرى التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله ويصادف الإمسان أثر سلطانه في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهية"([1]).

وقد ارتضى هذا التعريف محمد الروكي([2]).

وعرفها وهبة الزحيلي بقوله, هي:"المفهوم العام الذي يؤلف نظاما حقوقيا موضوعيا تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة, كنظرية الحق, ونظرية الملكية, ونظرية العقد... ونحو ذلك"([3]).

وعرفها فتحي الدريني بقوله, هي:"مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة يتصل بموضوع عام معين, بحيث يتكون من كل أولئك نظام تشريعي ملزم, يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه"([4]).

وقد حلل الدريني تعريفه هذا, ومبينا محترزاته:

1- النظرية الفقهية لا تتعلق بمسألة خاصة تفصيلية خاصة فرعية معينة بالذات, وإنما يندرج تحتها وقائع لا تحصى.

2- النظرية ليست قاعدة عامة, لأن القاعدة ليس لها أركان, كما أنها ذات حكم واحد([5]).

هذه التعريفات تتفق في معناها, بل تشترك إلى حد كبير في الألفاظ المسوقة لبيان النظرية الفقهية.

وبالمقابل نجد بعض الباحثين وقع منهم خلط ولبس في تصور النظرية الفقهية, فسووا بينها وبين القاعدة الفقهية([1]).

([1])- المدخل الفقهي العام:235/1.

([2])- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للروكي: 54.

([3])- الفقه الإسلامي وأدلته: 7/4.

([4])- النظريات الفقهية: 140.

([5])- انظر: النظريات الفقهية لفتحي الدريني: 141, وسيأتي الكلام عن خصائص النظرية الفقهية.

وعلى وجه الخصوص, فالنظرية تختلف عن القاعدة الفقهية في أن النظرية بناء عام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك. أما القاعدة الفقهية فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة([2]), كما أنها حكم شرعي, وكونها تستند في تقعيدها إلى أحد مصادر الشرعية, بينما تستند النظرية الفقهية في تكوينها إلى دراسة الفقه الإسلامي ومصنفات الفقهاء([3]).

استقراء وحصر النظريات:

المبحث الأول: مفهوم الاستقراء وأنواعه, وحجيته, وطرقه.

أولا: مفهوم الاستقراء.

تعريفه اللغوي:

الاستقراء: من القَرْو: وهو القصد والتتبع, يقال: قرا الأرض قروا, واقتراها, وتقرّاها, واستقراها؛ تتبّعها أرضًا أرضًا, وسار فيها ينظر حالها وأمرها([4]).

"واسقرأت الأشياء: تتبعت أفرادها لمعرفة أحوالها وخواصّها"([5]).

تعريفه الاصطلاحي:

يتفق المعنى الاصطلاحي للاستقراء مع مفهومه اللغوي؛ فقد عرف الاستقراء؛ بأنه: "تتبع الحكم في جزئياته على حالة يغلب على الظن أنه في صورة النزاع على تلك الحالة"([6]).

أو هو:"تصفحأمور جزئية ليحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات"([1]).

([1])- منهم أبو زهرة في كتابه"أصول الفقه: 10, ومصطفى شلبي في كتابه" المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود: 323, ويوسف القرضاوي في كتابه"الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد": 28-29, وقد نبه على هذا اللبس محمد الروكي في كتابه" نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء": 52-53.

([2])- انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي: 7/4.

([3])- نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء للروكي: 54, وسيأتي مزيد بيان للفروق بين القاعدة الفقهية, والنظرية الفقهية عند الحديث على خصائص, وأركان هذه الأخيرة.

([4])- لسان العرب: مادة"قرا": 174/15-175؛ القاموس المحيط: 1707.

([5])- المصباح المنير: 502/1.

([6])- شرح التنقيح: 448؛ تقريب الوصول: 398.

أو هو:"انتقال الفكر من الحكم على الجزئي إلى الحكم على الكلي الذي يدخل الجزئي تحته"([2]).

وصاغه ابن عاصم في مرتقاه بقوله:

وهاك الاستقراء خذه رسما تتبع الجزئي حكما حكما

ثم يرى الحكم فيه يطرد بذلك الحكم بحيثما يرد"([3]).

أنواع الاستقراء, وحجية كل:

ينقسم الاستقراء إلى تام, وناقص.

فالاستقراء التام: "هو إثبات الحكم في جزئي لثبوته في الكلي على الاستغراق"([4]).

والاستقراء التام هذا هو القياس المنطقي المستعمل في العقليات([5]), وهو يفيد القطع؛ وهو حجة بلا خلاف([6])، ومثاله: حجية الخبر الواحد؛ لأنه بعد استقراء موارد الشريعة, فوجد معمولا به في كل جزئية ورد فيها؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم يكتفون به ويحتجون به, فلذلك حكم على كل خبر واحد بأنه حجة, فإذا اختلف في الاحتجاج بخبر جزئي معين مثلا, كان الاستقراء حجة قطعية في الاحتجاج به؛ لأنه عام في كل صورة من جزئيات خبر الواحد لا صورة النزاع هذه؛ فيجب أن تحمل على كليها قطعا, وهو كون خبر الواحد من حيث هو حجة, وهذا هو الاستقراء التام([7]).

([1])- البحر المحيط: 10/6؛ الموافقات: 298/3؛ حاشية البناني على جمع الجوامع: 346/2؛ ضوابط المعرفة لحبنكة الميداني: 188.

([2])- ضوابط المعرفة لحبنكة الميداني: 188.

([3])- مرتقى الوصول مع شرحه نيل السول للولاتي: 196.

([4])- البحر المحيط: 10/6؛ جمع الجوامع: 345/2؛ شرح الكوكب المنير: 418/4؛ ضوابط المعرفة لحبنكة الميداني: 193.

([5])- البحر المحيط: 10/6.

([6])- البحر المحيط: 10/6؛ جمع الجوامع: 345/2؛ الموافقات: 298/3؛ شرح الكوكب المنير: 418/4-420؛ ضوابط المعرفة لحبنكة الميداني: 193.

([7])- نيل السول على مرتقى الوصول للولاتي: 197.

أما الاستقراء الناقص: "فهو إثبات الحكم في كلي لثبوته في أكثر جزئياته من غير احتياج إلى جامع"([1]).ويسمى عند الفقهاء بـ"إلحاق الفرد بالأعم الأغلب"([2]).

وقد اختلف في حجية الاستقراء الناقص, والأصح أنه يفيد الظن الغالب([3]), وقال القرافي:"وهذا الظن حجة عندنا, وعند الفقهاء"([4]).

وقال الشاطبي:"وهو أمر مسلم عند العلوم العقلية والنقلية, فإذا تم الاستقراء حكم به مطلقا في كل فرد يقدر"([5]).

وقال ابن النجار:"ويختلف فيه الظن باختلاف الجزئيات, فكلما كان الاستقراء في أكثر, كان أقوى ظنا"([6]).

ومثاله: استقراؤنا الفرض في جزئياته بأنه لا يؤدى على الراحلة؛ فيغلب على الظن أن الوتر ليس بفرض؛ لأنه ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أداه على الراحلة, فلو كان فرضا لما أداه عليها([7]).

طرق الاستقراء([8]):

لا يمكن للباحث أن يصل إلى قاعدة عامة أو قانون عام عن طريق الاستقراء التام أو الناقص دفعة واحدة؛ لذلك يتعين عليه أن يسلك مراحل واحدة تلو الأخرى.

([1])- البحر المحيط: 10/6؛ جمع الجوامع: 346/2؛ شرح الكوكب المنير: 419/4؛ ضوابط المعرفة لحبنكة الميداني: 193-194.

([2])- البحر المحيط: 10/6؛ جمع الجوامع: 347/2؛ شرح الكوكب المنير: 419/4؛ نيل السول على مرتقى الوصول للولاتي: 197.

([3])-البحر المحيط: 10/6.

([4])- شرح تنقيح الفصول: 448.

([5])- الموافقات: 298/3.

([6])- شرح الكوكب المنير: 419/4.

([7])- شرح تنقيح الفصول: 448؛ نيل السول على مرتقى الوصول للولاتي: 197.

([8])- هذه الطرق ملخصة من ضوابط المعرفة لحبنكة الميداني: 200-226.

مراحل الاستقراء:

المرحلة الأولى: مرحلة التجربة والملاحظة.

المرحلة الثانية: مرحلة الفروض العلمية.

المرحلة الثالثة: مرحلة تحقيق الفروض أو ترجيحها بالأدلة.

ولكل مرحل من هذه المراحل خطوات وشروط ومواقع الخطأ.

فالمرحلة الأولى, وهي: مرحلة التجربة والملاحظة, ويقصد بها التأمل الدقيق في الجزئيات للتعرف على صفاتها وخصائصها ومميزتها.

أما المرحلة الثانية, وهي: مرحلة الفروض العلمية, وفيها يتدخل الباحث بإبداء رأيه على سبيل الاحتمال الافتراضي.

وأما المرحلة الثالثة, وهي: مرحلة تحقيق الفروض أو ترجيحها, واعتبارها نظرية مقبولة علميا.

وللباحث منهجان لتحقيق فروضه العلمية أو ترجيحها أو رفضها.

الأول: منهج غير مباشر.

الثاني: منهج مباشر, وهو الأقوم ما أمكن تحقيقه.

فالمنهج غير المباشر: تُستخدم فيه الطريقة القياسية, وهي طريقة القياس المنطقي القائم على اللزوم الذي تصاغ منه الأقيسة الشرطية, أو القائم على التضمن أو المطابقة.

أما المنهج المباشر, فهو: الذي يستخدم فيه الباحث التجربة؛ لتأكد الفروض أو تحقيقها.

ولهذا المنهج خمس طرق, أطلق عليها اسم: قواعد الاستقراء.

الطريقة الأولى, وهي: النظر في الاتفاق؛ أي في التلازم في الوقوع, وقد استعملها الأصوليون في استخراج علة الحكم.

الطريقة الثانية, وهي: النظر في الاختلاف؛ أي النظر إلى الحالات المدروسة, واستخراج الحالة المتخلفة عند وجود دواعيها, وقد استعملها الأصول في استبعاد الأوصاف التي لا أثر في علة الحكم.

الطريقة الثالثة, وهي: النظر في الاتفاق والاختلاف جميعا.

وهذه الطريقة تتنزل على مسلك الدوران؛ أي دوران العلة وجودا وعدما مع الوصف الجالب للحكم.

الطريقة الرابعة, وهي: النظر في التغير النسبي؛ أي التلازم في نسبة التغير وجودا وعدما.

ومن أمثلتها في الشرعيات ارتباط مسؤولية الإنسان باستطاعته وبكسبه الإرادي.

فكلما ارتفعت أسباب محاسبته من كونه عاقد العزم, وكامل الأهلية ارتفع ثوابه أو عقابه, وترفع عنه المؤاخذة كلما تناقص ذلك, وازدادت عوارض الأهلية من جنون, أو نوم, أو نسيان، أو إكراه, ونحو ذلك.

الطريقة الخامسة, وهي: النظر في البواقي, وتستخدم هذه الطريقة إذا كانت ظاهرة مجزأة إلى عدة أجزاء, وكانت لهذه الأجزاء أسباب بعددها, وعرف الباحث علاقة بعض أجزاء الظاهرة بأسبابها, فإذا علق كل جزء بسببه المعروف لديه, ولم يبق أخيرًا إلا جزء واحد, فإنه يستطيع أن يعلقه بالسبب الباقي؛ فيكون الجزء الباقي من الظاهرة معللا بالفرد الباقي من الأسباب.

وهذه الطريقة تتنزل على طريقة السبر والتقسيم في استخراج علة الحكم.

المبحث الثاني: كيفية الاستقراء في "النظريات".

إذا كانت "النظرية الفقهية", هي: "موضوع فقهي يشمل مساحة فقهية كبيرة من الأبواب والموضوعات الفقهية المستقلة التي يمثل كل واحد منها وحدة حقوقية واسعة بمسائلها وفروعها يصل ما بين هذه الموضوعات علاقة فقهية يتحسسها الباحث, فيبرزها جميعا في وحدة موضوعية مكتملة الجوانب مضموما إليها كافة القواعد والشروط والأركان التي ترتكز عليها"([1]).

فمثلا"نظرية العقد" يتتبع الباحث مسائلها وفروعها, وعناصرها المكونة لها في كافة العقود, ومن ثَمّ يظهر العلاقة الفقهية بين كل ذلك, عارضا إياها في وحدة موضوعية مكتملة الجوانب.

ف"نظرية العقد": يدخل تحتها الموضوعات التالية:

([1])– بحث"النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي" لعبد الوهاب أبو سليمان, مجلة جامعة الملك عبد العزيز, العدد الثاني, جمادي الثانية: 1398هـ, مايو: 1978م, صفحة: 49.

تكوين العقد– محل العقد– العاقد– عيوب العقد– أقسام العقد–الخيارات– مدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط[1].

ثم تأتي تحت كل موضوع فصول فقهية وشروط وأركان تكمل عناصر النظرية.

فتكوين العقد تحته: الإيجاب والقبول, وشروطه, وصيغة العقد, والإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة.

و**محل العقد** تحته: شروطه.

و**العاقد** تحته: الأهلية, وعوارضها, والولاية وأنواعها, والوكالة, وأركانها وشروطها, والفضولي, وأحكام عقده.

و**عيوب العقد** وتحتها: الغلط, والغبن والتغرير, والإكراه.

أقسام العقد, وتحتها: العقد باعتبار وصفه, والعقد باعتبار اتصال حكمه بصيغته, والعقد باعتبار نوع آثاره.

و**الخيارات**, وتحتها: خيار الشرط, وخيار التعيين, وخيار الرؤية, وخيار العيب.

و**مدى سلطان الإرادة في إنشاء العقود والشروط**, وتحته:اختلاف الفقهاء في مدى سلطان الإرادة[2].

فظهر من هذا العرض طريقة تكوين"نظرية العقد" المشتملة على المسائل الفقهية والعناصر رئيسة والفرعية, وكذا الشروط والأركان التابعة لها في وحدة موضوعية متكاملة.

وإذا كانت"نظرية العقد" باعتبارها منظمة لأبواب معينة في الفقه الإسلامي؛ وهي"العقود", ولا تضم كل الأبواب الفقهية, هذا تخطيطها, فإن"نظرية الخطأ في الفقه الإسلامي" تستغرق مساحة فقهية أكبر,

([1])– هذا تخطيط إجمالي لـ"نظرية العقد" من وضع عبد الكريم زيدان, انظر: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية: 421–424.

([2])– انظر: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان: 421–424.

وتكاد تنظم مسائل وموضوعات في الفقه الإسلامي برمته, فطريقة تكوينها تستدعي جهدا أكبر, واستقراء وتتبعا في كل الأبواب الفقهية, وهذا رصد لمسائلها وموضوعاتها([1]):

فعناصرها رئيسية: الخطأ باعتباره عارضا من عوارض الأهلية- أثر الخطأ في العبادات-أثر الخطأ في العقود-أثر الخطأ في أسباب العقوبة والضمان- أثر الخطأ في القضاء والتنفيذ والاجتهاد.

فذلك تخطيط إجمالي لـ"نظرية الخطأ", وهو يبين مدى حضورها, واستيعابها لأبواب عدة من العبادات إلى الجنايات مرورا بعقود البيوع وما شاكلها وعقود الأنكحة, فمساحتها أوسع وأشمل, والاستقراء هو الذي ولد وأنتج تلك العناصر والمسائل المتفرقة, وبإيجاد الرابط بينها تمّ إبرازها في وحدة موضوعية متراصة ذات منطق قانوني سليم, وبالتالي سهل فهمها, ومنع تكرار القواعد والضوابط التي تشمل جميع مظان النظرية([2]).

أما إذا كانت النظرية تجمع مسائل من بعض الأبواب, فستدعي استقراء وتتبعا أقل, وجهدا أدنى, ويبقى الرابط بين تلك المسائل هو الحلقة والمفتاح الذي يمهد إرساء النظرية, وإظهار مكوناتها, وعناصرها, وتخطيطها العام.

فمثلا: "نظرية الاشتراك في الجريمة في الشريعة الإسلامية" تنظم أبواب وموضوعات معينة.

فموضوعاتها الرئيسة: قذف الجماعة بالواحد- الاشتراك في جريمة السرقة- الاشتراك في جريمة القتل- حد الحرابة.

ثم تأتي الضوابط المؤثرة في أحكام الاشتراك في الجريمة: نظرية السببية- أثر ظروف الشريك المباشر على العقوبة([3]).

([1])- هذا تخطيط لـ"نظرية الخطأ في الفقه الإسلامي" من وضع محمد الأحمد في رسالته -دكتوراه- جامعة أم القرى, مكة المكرمة, 1405هـ, 1985م: أ-ح.

([2])- بحث"النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي" لعبد الوهاب أبو سليمان,: 53.

([3])- انظر المخطط لـ"نظرية الاشتراك في الجريمة في الشريعة الإسلامية والقانوني الوضعي" لمحمود محمد عبد العزيز الزيني:329-330.

حصر النظريات الفقهية وتصنيفها:

من صعوبة بمكان الإحاطة بكل ما استخلص من نظريات فقهية, فقد أقبل كثير من الباحثين على دراسة الفقه, والتصنيف فيه على هذا النمط, وكل فقد وقفنا على عدد لا يستهان من النظريات الفقهية([1]), وها نحن نوردها, ثم بعد ذلك نصنفها, ونجعلها في جداول.

- نظرية التمويل الإسلامي.
- نظرية الدولة.
- نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي.
- نظرية الأجل.
- نظرية الاشتراك في الجريمة.
- نظرية الالتزام.
- نظرية التعسف في استعمال الحق.
- نظرية الظروف الطارئة.
- نظرية الحرب.
- نظرية الحكم القضائي.
- نظرية الخطأ.
- نظرية الدعوى.
- نظرية الدعوى والإثبات.
- نظرية الربا المحرم.

([1])- منها ما هو مطبوع, ومنها ما هو في رسائل علمية جامعية؛ ماجيستر أو دكتوراة, وهو الأكثر, عثرنا على ذلك في موقعين اثنين على شبكة الأنترنت: الأول: www.kfcris.com بتاريخ: 10 ماي 2006.**الثاني:** **www.fondation.org.ma بتاريخ 11 ماي 2006**.

- نظرية الشخصية الاعتبارية.
- نظرية الضمان الشخصي(الكفالة).
- نظرية الضمان أو المسؤولية المدنية والجنائية.
- نظرية الظروف العامة للظروف المخففة.
- نظرية العامة الظروف المشددة.
- نظرية العامة للموجبات والعقود.
- نظرية العقد الموقوف.
- نظرية النيابة.
- نظرية تحمل التبعة.
- نظرية فسخ العقود.
- نظرية التملك.
- نظرية الإبراء والإسقاط.
- نظرية نفي الضرر.
- نظرية ملك المنفعة.
- نظرية المال المثلي والمال القيمي.
- نظرية الشكل في الفقه الإسلامي وأثره في العقود المالية.
- نظرية الباعث وأثره في العقود والتصرفات.
- نظرية العجز.
- نظرية المال الشرعي.
- نظرية السعر.

- نظرية الأجور.
- نظرية الأرباح.
- نظرية الثمن.
- نظرية العقد.
- نظرية التابع.
- نظرية المصالحة في الدعوى.
- نظرية التوثيق.
- نظرية الإتلاف.
- نظرية التعويض.
- نظرية الإذن في التصرف.
- نظرية خيار الشرط.
- نظرية الأهلية.
- نظرية الإقرار.
- نظرية المساواة.
- النظرية العامة لضمان العيوب الخفية في المبيع.
- نظرية استغراق الذمة بالمال الحرام.
- نظرية الذمة.
- نظرية الغبن.
- نظرية الضرر.
- نظرية الخيار.

- نظرية الأعذار الطارئة.
- نظرية الإيثار.
- نظرية السقوط.
- نظرية بطلان التصرف.
- نظرية الإقالة.
- نظرية الاشتراك في الدين.
- نظرية الغلط.
- نظرية المعاملة بالمثل في الحرب.
- نظرية التوكيل في الدعوى بين المتخاصمين.
- نظرية الاستحقاق.
- نظرية الاشتباه.
- نظرية الاستهلاك.
- نظرية القصاص.
- نظرية الحق.
- نظرية المسؤولية التقصرية والعقدية.
- نظرية التعبير عن الإرادة.
- نظرية الولاية.
- نظرية الشروط الجعلية في العقود.
- نظرية البطلان والفساد.
- نظرية الاستحسان.

- نظرية العرف.

هذه النظريات منها:

- ما ينظم مواضيع أصولية

- ما ينظم مواضيع فقهية.

- ما ينظم مواضيع في الاقتصاد الإسلامي.

- ما ينظم مواضيع في السياسة الشرعية.

كما يمكن تصنيفها إلى:

- ما ينظم مسائل فقهية لأغلب أو كل الأبواب الفقهية.

- ما ينظم مسائل فقهية لبعض الأبواب الفقهية.

- ما ينظم مسائل فقهية لباب واحد.

الجداول التالي يبين ذلك[1]:

نظريات جامعة لمسائل لأغلب أو كل الأبواب الفقهية	نظريات جامعة لمسائل لبعض الأبواب الفقهية	نظريات جامعة لباب واحد
نظرية الخطأ نظرية الغلط نظرية البطلان والفساد نظرية الضرر	نظرية الشروط الجعلية في العقود نظرية التعبير عن الإرادة نظريةالمسؤوليةالتقصرية والعقدية	نظرية القصاص نظرية الحرب نظرية المعاملة بالمثل في الحرب نظرية الإقالة

(1)- اخترنا بعض النظريات كمثال تطبيقي في التصنيف, وما بقي يقاس على ذلك.

نظرية نفي الضرر	نظرية الاشتباه	نظرية الربا المحرم
نظرية الذمة	نظرية الاستحقاق	النظرية العامة لضمان العيوب الخفية في المبيع
نظرية الظروف الطارئة	نظريةالتوكيل في الدعوى بين المتخاصمين	نظرية الاشتراك في الدين
نظرية الأعذار الطارئة	نظرية الإيثار	
نظرية الولاية	نظرية الخيار	
نظرية النيابة	نظرية التعويض	
نظرية الأهلية	نظرية الإتلاف	
نظرية التوثيق	نظرية التابع	
نظرية الباعث	نظرية العقد	
نظرية الاشتباه	نظرية الثمن	
	نظرية الأرباح	

كما يلاحظ في ما أوردناه من نظريات أن البعض منها عام, والآخر خاص.

فمثلا: "نظرية العقد" هي نظرية عامة إذا ما قوبلت بـ" نظرية الشروط الجعلية في العقود", و"نظرية العقد الموقوف", و" نظرية فسخ العقود"، و" نظرية الذمة" هي نظرية عامة إذا ما قوزنت بـ" نظرية استغراق الذمة بالمال الحرام".

والخلاصة إن رص الفقه وأصوله في قوالب النظريات الفقهية يدفع بالفروع الفقهية والمسائل الأصولية لأن تخرج من ثوبها القديم إلى ثوب جديد، وهذا لا يعني بالضرورة الاستغناء عن كتب التراث القديمة، بل يبين مدى مرونة الفروع الفقهية، والمسائل الأصولية وقدرتها على التكيف مع المناهج الجديدة المستحدثة.

إن النظريات الفقهية، وإن كانت تولد تصورا شاملا عن باب فقهي أو أبواب فقهية، فلأقل

أن توصف بأنها مداخل وممهدات لذلك الباب أو لتلك الأبواب.

إن المتصدي لسبك باب فقهي أو أبواب فقهية في نظرية فقهية يتعين عليه الوقوف على كل التقاسيم، والزوايا المحتملة، ومستحضرا في تلك العملية لمناهج الاستقراء غير غافل عن التدقيق فيما يقتضي دخوله تحت تلك النظرية، وما يستدعي إبعاده.

إن النظريات الفقهية التي تناولها الباحثون بالتأسيس والتكوين ما زالت بحاجة إلى أخوات أخرى تزيد في حجمها، وتغطي تلك المساحات الواسعة في كل أبواب الفقه والأصول.

إن ذلك العمل الكبير إذا ما أنجز؛ والمتمثل في ضخ المزيد من النظريات الفقهية إلى الساحة العلمية يمهد للبنة الأولى في التأسيس لموسوعة النظريات الفقهية؛ وبالتالي يسهل على الدارسين من خارج التخصص من حقوقيين وغيرهم من الاطلاع على ذلك التراث الفقهي والأصولي الممتد على أكثر من أربعة عشر قرن، ويفتح لفضاء أخر للحوار على مائدته تلك القوالب؛ أعني النظريات الفقهية بين الفقهاء ورجال القانون، ويكون من أهدافه زيادة جرعات التلاقح بين القانون والنظريات الفقهية.

بيان القواعد الكلية المتفق عليها:

1-الأمور بمقاصدها، 2- اليقين لا يزول بالشك، 3- المشقة تجلب التيسير، 4- الضرر يزال، 5- العادة محكمة.

الأولى: الأمور بمقاصدها

معناها:

الأمور:جمع أمر وهو الشأن، وهو لفظ عام يشمل الأقوال والأفعال، كقوله تعالى:﴿ إليه يرجع الأمر كله﴾، ﴿قل إن الأمر كله لله﴾، ﴿وما أمر فرعون برشيد﴾ أي ما عليه من قول أو فعل.

فقولنا: «الأمور بمقاصدها» هذا اللفظ لا بد فيه من تقدير، لأن الكلام لا يستساغ إلا بوجوده؛ لأن لو حملنا اللفظ على ظاهره لانْصب على الذوات، والفقه إنما يبحث في الأحكام، فلا بد من تقدير بـ: «أحكام الأمور بمقاصدها» أي مرتبطة بنياتها، لأن علم الفقه يبحث في أحكام الأشياء لا في ذواتها.

- أصل هذه القاعدة:

الحديث المشهور ﴿**إنما الأعمال بالنيات**﴾ والحديث أخرجه الستة، فإن هذا الحديث يوصف بأنه آحاد لكن بعد ذلك تواتر نقله عن جلة من العلماء،ولكن مع ذلك يبقى آحاد؛ لأن الحديث لو وجد في سنده في إحدى طبقاته راو واحد أو ما قاربه ثم ارتفع في إحدى طبقاتهبأن روته جماعة تبلغ حد التواتر لم يبلغ درجة المتواتر، إلا أن التواتر جاءه من جهة تعظيمه وبيان قدره؛ فنجد أن الشافعي وأحمد وأبا داود والدارقطني اتفقوا على أن هذا الحديث ثلث العلم، ومنهم من قال ربع العلم.

وأما كيف هو ثلث العلم: فقد وجه البيهقي هذا فقال:« إن كسب العبد يكون بقلبه وجوارحه ولسانه، والنية أحد هذه الأقسام وهي مرتبطة بالقلب، وهي أرجحها وهي أقوى العبادات، لأنها مستقلةوغيرها من العبادات محتاج إليه».

وأما كونه ربع العلم فقالوا: لأن مدار الإسلام على أربعة أحاديث، هذا الحديث وحديث«الحلال بين والحرام بين...» وحديث:«إن الله طيب» وحديث:« من عمل عملًا ليس عليه أمرنا..»؛ وهذه الأحاديث الأربعة عليها مدار الأحاديث كلها، كما نقله أبو داود، وكما روي عن الإمام أحمد؛ وفيها البيتان المشهوران:

عمدة الدين عندنا كلمات   أربع من كلام خير البرية

اتق الشبهات وازهد ودع ما   ليس يعنيك واعملن بنية

أما الآيات القرآنية الدالة على أهمية النية وشرطيتها ومدى تأثيرها فمنها قوله تعالى:﴿ والله يعلم المفسد من المصلح﴾، ﴿ وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾، وقوله تعالى:﴿ والذين ينفقون أموالهم ابتغاء مرضات الله..﴾ أي نيتهم ابتغاء مرضات الله.

أما كلام العلماء في النية فهو من سبعة أوجه جمعت في قول بعضهم:

حقيقة حكم محل وزمن   كيفية شرط ومقصود حسن

وقد تكلم القرافي (ت 648 هـ) عن النية في كتابه (الأمنية في إدراك النية) وتناولها كذلك (الحطاب) في مواهب الجليل شرح مختصر خليل، في بحث الوضوء لخص فيه كتاب(الأمنية) مضيفا تنبيهات ومسائل.

1-حقيقة النية:

-**لغة:** هو مطلق القصد.

-**شرعًا:** هو قصد الشرع مقترنًا بالفعل.

2- حكمها: الوجوب غالبًا لكونها ركنًا في (العبادات).

3- محلها: أما محلها ففي القلب في كل موضع (عمل، من المواضع التي هي واجبة فيه، ويتحصل من ذلك أصلًا.

الأصل الأول: إنه لا يكفي التلفظ باللسان دون القلب، ويتفرع على هذا الأصل اختلاف اللسان والقلب، فالعبرة بما في القلب، فلو نوى قلبه الظهر ونطق بلسانه العصر لصحت له صلاة الظهر وإذا سبق اللسان دون القصد بلفظ كالطلاق، وهذا كأن يكون محل تعليم لزوجته، فيقول لها، قولي أنت طالق على سبيل التمثيل فهذا لا يقع به الطلاق، لأنه خلاف ما في القلب، واليمين دون قصد، فالعبرة بما في قلبه، فالشرط القصد أما سبق اللسان فلا شيء فيه ولا يترتب عليه شيء.

الأصل الثاني: أنه لا يشترط مع القلب التلفظ، فنقل عن الشافعي الاستصحاب في ترك التلفظ، وقال أحمد: بدعة، ولم يرخص فيه المالكية.

وبعض العلماء رخص للموسوس، إلا أن الحج ستثنى من القاعدة، ويستحب فيه للفظ؛ وذلك بأن يقول مثلا:"لبيك اللهم حجا" إذا أراد الإفراد.

ويتفرع عن هذا الأصل: أن العبادات كلها لا يشترط فيها التلفظ إلا في الحج،فإنه مستثنى ويستحب فيه التلفظ، لأن النية في هذه الأمور توقيفية ولم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا الصحابة رضوان الله عليهم، أنهم كانوا يتلفظون بها، وكذلك الأفعال التي تكون قريبة من العبادات كإحياء الأرض الموات بينة جعلها مسجدًا فإنها تصير مسجدًا بمجرد النية ولا يشترط فيها التلفظ.

وخرج عن هذا الأصل أمور يجب التلفظ بها كالطلاق،وما في معناه من الفرقة، كالظهار واللعانوالنذر واليمين، فلا بد من لفظ اللسان حتى تترتب الآثار الشرعية وأحكامها عليها، ولا يكفي مجرد النية.

4- مقصودها:القصد منها تمييز العبادات عن العادات، وكذلك تمييز العبادات بعضها عن بعض.

مثال: تمييز العبادات عن العادات، كالوضوء فإنه متردد بين أن يفعل قربة لله، وبين أن يفعل للتبرد والتشفي فلما تردد بين كونه عادة وعبادة وجب التمييز بالنية.

وكذلك دفع الأموال فإنه متردد بين أن يكون قربة، أو هدية، أو صدقة، أو زكاة، فوجب التمييز كذلك بالنية.

وكذلك الإمساك عن المفطرات فإنه متردد بين كونه مداواة أو عبادة، فلا بد من التمييز بالنية، وكذلك دخول المسجد قد يكون للصلاة والاعتكاف، كما قد يكون للاستراحة وغيرها، فلا بد من التمييز بالنية، وعليه فإن مقصودها تمييز العبادة عن العادة.

وكذلك تمييز العبادات فيما بينها، فتمييز الفرائض عن بعضها البعض، من ظهر عن عصر أو عصر عن مغرب إلى غير ذلك، وكذلك تمييز الفرائض عن النوافل كالظهر عن صلاة الرواتب مثلًا، وتمييز النوافل فيما بينها، كتمييز الرواتب عن الضحى، وغير ذلك، وكالعيدين عن صلاة الاستسقاء فلا تكفي نية القربة بل يجب فيها الفصل.

يقول الشاطبي:"إن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر، ويكفيك منها أن المقاصد تفرق بين ما هو عادة، وما هو عبادة، وفي العبادات بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العادات بين الواجب، والمندوب،....." ثم قال:"العمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها؛ كفعل النائم والغافل، والمجنون".

ومن ثم يترتب على ذلك أمور سبعة فيما يتعلق بقصد النية وبيان دورها.

1-القربات التي لا لبس فيها لا تفتقر إلى نية:

أي لا يمكن أن تكون عادة فلا تلتبس بغيرها، فلما كانت كذلك فلا تحتاج إلى نية، مثل: الإيمان بالله، والخوف منه، ورجائه وحبه ومهابته، لأنها متميزة بصورتها فلا تحتاج إلى نية تصرفها إلى الله، ومثله: التهليل والتسبيح، وذلك لأنه لا تردد بين هذه العبادة والعادة ولا بين هذه العبادات.

وقال بعضهم تعليلًا على سقوط النية فيما سلف:

إن هذه لو افتقرت إلى نية لأدى ذلك إلى التسلسل، لأن هذه الأمور قربات في نفسها فلواحتاجت القربة إلى نية لا يستلزم القول أن هذه الأمور تميزت وخلصت لله عز وجل ولا يشاركه فيها غيره.

2- « النصوص لا تفتقر إلى نية لانصرافها بصراحتها إلى مدلولاتها».

ونقصد بالنص: اللفظ الصريح – وهو الذي لا يحتمل إلا معنى واحدًا، وقيل: هو ما تفسيره تنزيله، فإذا كان الأمر نصًا فإنه لا يحتاج إلى نية، لأنه لا يحتمل إلا أمرًا واحدًا، وهذا مثل ألفاظ الطلاق الصريحة، كأن يقول لها: أنت طالق، فلا يسأل عن نيته، لأنه لا ينصرف إلا إلى الفرقة، وعليه فإن النية لا تخصصه، بخلاف الكنايات والألفاظ المحتملة لعدة معانٍ كقوله: أخرجي، فإنه يسأل عن نيته، فإن قال قصدت الطلاق صدق، وإن قال لا، صدق وأمره إلى الله، والكنايات تحتاج إلى تبين القصد المراد من هذه المعاني.

ويلحق بالألفاظ الصريحة الكناية الظاهرة في الطلاق؛ أي ما اعتاد عليه الناس، والكناية الخفية لا بد لها من نية، وعند المالكية قالوا: حتى إذا قال لزوجته اسقني ماء فنوى الطلاق، طلقت.

نقل أبو المطرف الشعبي المالقي(497هـ) في كتابه الأحكام ص422 أن:"أحمد ن نصر بن حضرمي(ت317هـ) كان من أسن أصحابنا، وكان معلما لمحمد بن سحنون في الكلام، وكان يلبس الطويلة، فوقف عليه رجل من العراقيين في الحلقة في المسجد الجامع بالقيروان.

فقال له: ما تقول فيمن قال لامرأته: ناولني البوقال، وأراد بذلك الطلاق؟.

فقال له: تطلق عليه امرأته.

فقال له العراقي:–وأسمع الناس ومن حوله–: يا قوم، رجل يسأل امرأته تسقيه الماء تطلق عليه!، –وأسمع بعض حلق العراقيين– فلما فرغ من كلامه، قال له أحمد بن نصر: يا هذا، فما تقول في رجل قال: لا إله إلا الله، أليس هو بذلك مؤمنا؟.

قال: نعم.

قال: فما تقول إن أراد بذلك المسيح؟

فقال له العراقي: فهو كافر.

فقال أحمد: يا هذا؛ فرجل يقول: لا إله إلا الله، أيكون كافرا؟

فقال له العراقي: بالنية كفرته.

قال له أحمد: وكذلك بالنية طلقتها بالوجه الذي كفرته أنت به.

فأفحم العراقي، وسكت.

3– « مقاصد الأعيان إذا كانت متعينة استغنت عما يعينها، وإلا افتقرت».

وهو إذا كان الأمر – الشيء– العيني معينًا عند الناس أن يناسب أمرًا، فإنه لا يحتاج إلى نية، وإن كان يحتمل عدة مقاصد فإنها تحتاج إلى نية. كمن استأجر ثوبًا أو بساطًا فإنه لا يحتاج إلى ذكر المنفعة، لأن استئجاره للثوب معروف سببه وهو اللبس، والبساطللفراش. ولذا فإنه لا يحتاج إلى ذكر المنفعة لأنها قد تميزت بخلاف ما إذا كانت منفعة مترددة بين قصدين، كالدواب فإنها تستأجر للركوب وللعمل، فلا بد إذًا من تميز المنفعة باللفظ، لأنها احتملت عدة مقاصد.

ومثل المعين الغالب: وهو ما إذا كان في البلد مثلًا نقد غالب فإن العقد يحمل عليه ولا يحتاج إلى تعين النقد فيه ولو مع وجود نقد آخر معه في البلد، لكنه قليل الاستعمال. أما إذا وجدت عدة نقود كلها رائجة فإنه يجب التعيين.

ذكر الزركشي في كتابه المنثور في القواعد:ج3/ص296 أنه:"إذا خطب امرأة، فأجابته، فحمل إليهم هدية، ثم لم تنكحه، فإنه يرجع عليها بما ساقه إليها؛ لأنه لم يدفعه إلا بناء على إنكاحه، ولم يحصل، ولا فرق في الرجوع بين أن يكون المهدى من جنس الصداق أو من غير جنسه"، وهذا فيما لا تجب فيه النية أصلا، ولكن إذا قارنتها نية اقترنت.

4- « كل ما تمحض للتعبد أو غلبت عليه شائبته، فإنه يفتقر إلى النية».

مثال ذلك: كالصلاة والتيمم؛ فإنهما تمحضا للتعبد.

«وما تمحض للمعقولية أو غلبت عليه شائبة المعقولية فإنه لا يفتقر إلى نية»، كقضاء الدين وغسل النجاسة، «وإن كانت محل خلاف». فإن هذه الأمور معقولة المعنى، أما الصلاة والتيمم فإنها غير معقولة المعنى بل هي تعبد محض.

أما إذا استوت الشائبتان فقيل: كالأول لحق العبادة، فتغلب العبادة لعظمها وحقها، وقيل: كالثاني لحكم الأصل "الأصل في الأشياء معقولية المعنى".

قال المقري: «الأصل في الأحكام المعقولية»؛ وعليه وقع الخلاف في الطهارة والزكاة، فالطهارة عقل معناها وهي النظافة، لكن كونها في أعضاء مخصوصة وعلى وجه مخصوص ولا يفعل معناها، ولذلك حكم الجمهور باحتياجها إلى النية.

وقال المالكية بالوجوب: وقال: أبو حنيفة وغيره: لا تحتاج إلى نية، وكذلك الزكاة والكفارة، فالزكاة عقل معناها وهو الرفق بالفقراء وبقية الأصناف، ولكن لكونها تجب في قدر مخصوص لا يعقل معناه ألحقت بالعبادات، ومشهور المذهب المالكي وجوب النية في إخراج الزكاة وحكى ابن رشد الاتفاق، وقال ابن الحاجب: أنه الأصح. وقال المقري: «إعمال الشائبين أرجح من إلغاء أحدهما كالدليلين – فإنهما إذا تعارضا يحاول الأصولي أن يجمع بينهما ولا يطرح أحدهما – وذلك كإعمال مالك ومحمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة شائبة المعقولية في طهارة الخبث أي سقوط النية، وشائبة العبادة في تعيين الماء فهذا أفضل من إلغاء (النعمان) شائبة العبادة وقال: إن الطهارة معناها معقول، وقال: بأنها تزال بأي شيء كان».

وبعضهم ألغى شائبة المعقولية؛ واشترط النية والماء.

5- « كل ما كانت صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته، فإنه لا يفتقرإلى نية»

أي إذا كانت صورة الفعل تؤدي إلى تحقيق المصلحة منه كدفع الديون، فإن المصلحة في رد الأموال إلى أصحابها، وكالنفقة على الأزواج وهو تأدية ما عليه فلا يحتاج إذًا إلى نية فلا يطالب مرة أخرى بها، لكن إذا فعلها امتثالًا لأمر الله فله الثواب؛ فالأول لا ثواب ولا عقاب ولا قضاء، أما الثاني فالزائد فيه الثواب.

أما ما لم تكن صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته فإنه يفتقر إلى نية كالعبادات.

مثلًا: شرعت الصلاة لتعظيم الله، وهذا التعظيم والخشوع لا يكون إلا بالقصد.

مثاله: كالضيافة كأن يستضيف شخص ما ضيفًا، فيهيئ له أشهى المأكولات لتعظيمه وتكريمه، فيأت شخص آخر فأكله دون أن يراه، فإنه معظم للأول بقصده، لا للثاني الذي أكل.

قال أبو الحسن علي بن القاسم الزقاق (ت 913 هـ) في منظومته:

وكل ما يخلص للتعبد	أو كان غالبًا بنية بدى
إن كان ذا لبس وما تمحضا	أعنى لمعقولية نحو القضا
أو غلبت كنجس فلا افتقار	وفي استوا الشائبتين الاعتبار
ونفيه وكل ما مصلحته	تحصل بالفعل فتنفى نيته
وكل قربة بلا لبس ترد	كذكر افتقارها لها فقد
تميز عادة بها أمر حتم	وفي العبادات تقرب علم

6- النية ترد إلى الأصل ولا تنقل عنه:

مثلًا: زكاة العروض، إذا كانت العروض للقنية – للاقتناء- فإنها لا زكاة فيها إجماعًا كتجهيزات البيت، وإن وضعت للتجارة ففيها الزكاة، فإن نوى مثلًا بيع ما يقتنيه لا تجب الزكاة إلا بالفعل أي «نقل المتاع من الدار إلى الدكان» لكن إذا نوى جعل عروض تجارية إلى القنية، فإنها تخرج من التجارة بمجرد النية ولا زكاة فيها، لأن النية ترد إلى الأصل، والأصل في العروض القنية لا التجارة، فإن اشترى شخص عروضًا ولا نية له فيها، فإنها تصرف إلى القنية؛ لأنها الأصل بخلاف ما إذا اشترى الرجل الذهب، فإن الأصل فيه بالنسبة له التجارة لا القنية.

7- ما يترتب على التمييز في العبادة:

فالذي يترتب على ذلك هو الإخلاص في المنوي لله عز وجل، أي أن يفرده ويخلصه من شوائب النفس وشوائب الهوى، فلا يصح التشريك بين كونه عبادة وكونه عادة، وحاصل ما ذكره (القرافي) في المقام:"والضابط أن يعمل العمل المأمور به ويقصد به وجه الله سبحانه وتعالى، وأن يعظم في قلوب الناس لكي يصل إليه نفعهم ويندفع عنهم ضرره، فهذا أحد قسمي الرياء ويسمى: رياء التشريك، والقسم الآخر أن يعمل العمل لا يريد به وجه الله؛ بل يعمله للناس فقط، فهذا يسمى رياء الإخلاص.

أما مطلق التشريك دون مساواة: كمن جاهد ليحصل طاعة الله بالجهاد ويحصل المال من الغنيمة، فهذا لا يضره ولا يحرم عليه إجماعًا، لأن الغنيمة جعلت له في هذه العبادة وهو من تحصيل الحاصل، ففرق بين هذا النوع وبين من جاهد ليقال إنه شجاع، أو ليكثر له الإمام العطايا، فالأول جائز والثاني حرام".

بل إن أحد الصحابة كان يقول:«اللهم سلط علي رجلًا أقاتله ويقاتلني فأقتله وآخذ سلبه»، وكذلك من حج وشرك في الحج التجارة، وكذلك من صام ليصح جسده أو ليحصل له زوال المرض، فإنه ليس بقادح، وإلا لمادعا إليه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله:﴿ فعليه بالصوم فإنه له وجاء﴾.

يقول أَبُو حَامِدٍ الْغَزَالِيُّ – رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى – فِي كِتَابِ الْأَرْبَعِينَ فِي أُصُولِ الدِّينِ لَهُ: وَالنِّيَّةُ وَالْعَمَلُ بِهِمَا تَمَامُ الْعِبَادَةِ فَالنِّيَّةُ أَحَدُ جُزْأَيْ الْعِبَادَةِ لَكِنَّهَا خَيْرُ الْجُزْأَيْنِ؛ لِأَنَّ الْأَعْمَالَ بِالْجَوَارِحِ لَيْسَتْ مُرَادَةً إلَّا لِتَأْثِيرِهَا فِي الْقَلْبِ لِيَمِيلَ إلَى الْخَيْرِ وَيَنْفِرَ عَنْ الشَّرِّ فَلَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْ وَضْعِ الْجَبْهَةِ عَلَى الْأَرْضِ وَضْعَ الْجَبْهَةِ، بَلْ خُضُوعَ الْقَلْبِ؛ لِأَنَّ الْقَلْبَ يَتَأَثَّرُ بِأَعْمَالِ الْجَوَارِحِ وَلَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْ الزَّكَاةِ إزَالَةَ الْمِلْكِ، بَلْ إزَالَةَ رَذِيلَةِ الْبُخْلِ، وَهُوَ قَطْعُ عَلَاقَةِ الْقَلْبِ مِنْ الْمَالِ.

ثُمَّ قَالَ: فَاجْتَهِدْ أَنْ تُكْثِرَ مِنْ النِّيَّةِ فِي جَمِيعِ أَعْمَالِك حَتَّى تَنْوِيَ لِعَمَلٍ وَاحِدٍ نِيَّاتٍ كَثِيرَةً وَلَوْ صَدَقْت رَغْبَتُك لَهُدِيت لِطَرِيقِهِ وَيَكْفِيك مِثَالٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ أَنَّ الدُّخُولَ إلَى الْمَسْجِدِ وَالْقُعُودَ فِيهِ عِبَادَةٌ وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ ثَمَانِيَةُ أُمُورٍ:

أَوَّلُهَا أَنْ يَعْتَقِدَ أَنَّهُ بَيْتُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَأَنَّ دَاخِلَهُ زَائِرُ اللَّهِ تَعَالَى فَيَنْوِي ذَلِكَ.

وَثَانِيهَا: الْمُرَابَطَةُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى {اصْبِرُوا وَصَابِرُوا وَرَابِطُوا} [آل عمران: 200] قِيلَ: مَعْنَاهُ انْتَظِرُوا الصَّلَاةَ بَعْدَ الصَّلَاةِ.

وَثَالِثُهَا: الِاعْتِكَافُ وَمَعْنَاهُ كَفُّ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ وَالْأَعْضَاءِ عَنْ الْحَرَكَاتِ الْمُعْتَادَةِ فَإِنَّهُ نَوْعُ صَوْمٍ.

وَرَابِعُهَا: الْخَلْوَةُ وَدَفْعُ الشَّوَاغِلِ لِلُزُومِ السِّرِّ وَالْفِكْرِ فِي الْآخِرَةِ وَكَيْفِيَّةِ الِاسْتِعْدَادِ لَهَا.

وَخَامِسُهَا: التَّجَرُّدُ لِلذِّكْرِ وَإِسْمَاعُهُ وَاسْتِمَاعُه.

وَسَادِسُهَا: أَنْ يَقْصِدَ إفَادَةَ عِلْمٍ وَتَنْبِيهَ مَنْ يُسِيءُ الصَّلَاةَ وَنَهْيٍ عَنْ مُنْكَرٍ وَأَمْرٍ بِمَعْرُوفٍ حَتَّى يَنْتَشِرَ بِسَبَبِهِ خَيْرَاتٌ كَثِيرَةٌ وَيَكُونَ شَرِيكًا فِيهَا.

وَسَابِعُهَا: أَنْ يَتْرُكَ الذُّنُوبَ حَيَاءً مِنَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ بِأَنْ يُحْسِنَ نِيَّتَهُ فِي نَفْسِهِ فِي قَوْلِهِ وَعَمَلِهِ حَتَّى يَسْتَحِيَ مِنْهُ مَنْ رَآهُ أَنْ يُقَارِفَ ذَنْبًا، وَقِسْ عَلَى هَذَا سَائِرَ الْأَعْمَالِ فَبِاجْتِمَاعِ هَذِهِ النِّيَّاتِ تُزَكَّى الْأَعْمَالُ وَتَلْتَحِقُ بِأَعْمَالِ الْمُقَرَّبِينَ كَمَا أَنَّهُ بِنَقْصِهَا تَلْتَحِقُ بِأَعْمَالِ الشَّيَاطِينِ كَمَنْ يَقْصِدُ مِنْ الْقُعُودِ فِي الْمَسْجِدِ التَّحَدُّثَ بِالْبَاطِلِ وَالتَّفَكُّهَ بِأَعْرَاضِ النَّاسِ وَمُجَالَسَةَ إخْوَانِ اللَّهْوِ وَاللَّعِبِ وَمُلَاحَظَةَ مَنْ يَجْتَازُ بِهِ مِنْ النِّسْوَانِ وَالصِّبْيَانِ وَمُنَاظَرَةَ مَنْ يُنَازِعُهُ مِنْ الْأَقْرَانِ عَلَى سَبِيلِ الْمُبَاهَاةِ وَالْمُرَاءَاةِ بِاقْتِنَاصِ قُلُوبِ الْمُسْتَمِعِينَ لِكَلَامِهِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهُ.

5- زمانها: إذا كان الغرض من النية التمييز وجب أن تقترن النية بأول الفعل – العبادات – ففي الوضوء مثلًا تكون في أول الوجه وفي الصلاة عند التكبير، إلا أن يكون الفصل عرفيًا كأن ينوي الصلاة وهو ببطحة المسجد وقد أقيمت الصلاة فلا يعيد.

وهناك عبادات يجوز أن تتقدم النية فيها كالصوم، لعسر مراقبة الفجر، وكذلك الزكاة قبل الشروع في تقديمها للفقراء.

6- كيفيتها: تختلف باختلاف القربات والعبادات، فمثلًا في الوضوء فالنية إما يقصد بها رفع الحدث أو الدخول في الصلاة واستباحتها، والتيمم كذلك يقصد به استباحة الصلاة، وقد اختلفوا في هذا الباب، هل يستباح بالتيمم كل ما يستباح بالوضوء، فقرر "ابن القيم" في زاد المعاد أن التيمم يستباح به كل ما يستباح بالوضوء، أما المالكية فوقع الخلاف بينهم، فقالوا: إن التيمم رخصة وهو فرع بدل أصل فهو ضعيف لا يقام مقام الوضوء، وقالوا: إن الفريضة تقدم في التيمم على النوافل.

وكذلك لا يشترط التنويع في النية – تفريق النية على الأعضاء في الوضوءمثلًا – بل تكون النية على الإجمال، فهي لا يشترط فيها التفصيل بل تشترط على الإجمال كما قرره القرافي، أما الونشريسي فذكر خلافًا في قضية عدد الركعات: هل تعتبر في كل ركعة النية، أم لا؟

وتبنىعلى هذا مسائل:

فمن اعتبر النية في الركعات قال: إن من نوى القصر ثم أتم أو العكس لم تجزئه، ومن لم يعتبر النية في الركعات قال تجزئه. ومنها أيضًا إذا ظن الظهر جمعة خلاف أيضًا.

ومن المسائل المختلف فيها هل يشترط للعضو من أعضاء الوضوء نية مخصوصة به، أم تكون النية إجمالًا؟

فظاهر المدونة عدم صحة التفريق، وأما ابن رشد (ت 520 هـ) فاستظهر الصحة، وهذا الخلاف مبني على مسألة أخرى: هل كل عضو يتطهر بفعله، أم بالكمال؟ – أي بكمال طهر جميع الأعضاء،

فإذا قلنا بالأول فلا بد من تفريق النية على جميع الأعضاء. وإذا قلنا بالثاني فتصح بمطلق النية، أي إجمالًا، وهذه المسألة أنكرها (ابن العربي) في "عارضة الأحوذي" قال: «ما هذابأصل، وما علم في المذهب، ولا خطر على بال شيخ منا».

ورد عليه ابن عبد السلام محمد بن عبد الله الهواري التونسي (ت 649 هـ) شارح جامع الأمهات، وهو مالكي المذهب قال:«لا وجه لإنكاره بعد أن نقل جماعة كثيرة مسائل دالة عليه».

والصحيح في المذهب المالكي أن الحدث يرتفع بالكمال، والصحيح فيه عدم صحة تفريق النية على الأعضاء؛قال القرافي في (الفروق):«وقولهم الحدث يرتفع عن العضو بانفراده غير معقول، وإنما يعقل ذلك لو كان العضو ممنوعًا في نفسه من الصلاة فأذن له وحده دون غيره من الأعضاء».

7- **شروطها:** ذكر العلماء أن النية لا تصح إلا بأربعة شروط، وهي:

الأول:الإسلام: شرط في الناوي إذ اتفق الفقهاء على أن النية لا تصح إلا إذا كانت من مسلم.

واختلف في الكافر هل تصح منه، أولا؟ وهذا مبني على مسألة أصولية مختلف فيها وهي: (هل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، أملا؟)، وهذا بعد اتفاقهم أنهم مخاطبون بأصولها؛وهذه المسألة متفرعة عن قاعدة أصولية هي: هل حصول الشرط الشرعي شرط في صحة التكليف أو لا؟ ومعنى هذا: هل يشترط الإسلام للتكليف بالعبادات ونحوها؟ أو أن الكفار يعتبرون مكلفين بها حتى ولو لم يدخلوا في الإسلام.

ذهب الجمهور من الأشاعرة وأكثر المعتزلة والعراقيين من الحنفية:«إلى أنه ليس شرطًا في توجه الخطاب، وذهب الأحناف إلى أنه شرط في توجه الخطاب».

فالمسألة الفرعية: (هل الكفار...) الخلاف فيها مبني على الخلاف في المسألة الأصولية الكلية (هل حصول الشرط...). ومذهب مالك كما هو في ظاهره كما قرره القرافي أنهم مخاطبون بفروعها، ويعاقبون على الأصول وعلى الفروع، بدليل قوله تعالى:﴿ قالوا لم نك من المصلين﴾ فتركهم لصلاتهم اقتضى دخولهم النار، والصلاة من الفروع،وقوله تعالى: {وَوَيْلٌ لِلْمُشْرِكِينَ الَّذِينَ لا يُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ بِالْآخِرَةِ هُمْ كَافِرُونَ}.

جاء في أضواء البيان:"قد استدل بعض علماء الأصول بهذه الآية الكريمة، على أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، لأنه تعالى صرح في هذه الآية الكريمة، بأنهم مشركون، وأنهم كافرون بالآخرة، وقد توعدهم بالويل على شركهم وكفرهم بالآخرة، وعدم إيتائهم الزكاة، سواء قلنا إن الزكاة في الآية هي زكاة المال المعروفة، أو زكاة الأبدان بفعل الطاعات واجتناب المعاصي.

ورجح بعضهم القول الأخير لأن سورة فصلت هذه، من القرآن النازل بمكة قبل الهجرة، وزكاة المال المعروفة إنما فرضت بعد الهجرة سنة اثنتين، كما قدمناه في سورة الأنعام، في الكلام على قوله تعالى: {وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ} [الأنعام:141].
وعلى كل حال، فالآية تدل على خطاب الكفار بفروع الإسلام.

وعلى مذهب مالك يتفرع مايلي:

أ- الذمية يجوز للمسلم أن يتزوجها: فإذا حاضت فهل له أن يجبرها على الاغتسال، أم لا؟فبناء على قول المالكية يجوز له أن يجبرها على ذلك، ونيتها معتبرة في الاغتسال، وإلا فلا.

وذكر الزركشي في المنثور(ج3/ص286:"إذا حاضت الكافرة، واغتسلت لتحل لزوجها المسلم فلا بد أن تنوي إباحة الاستمتاع، فإن لم تنو لا يباح وطؤها".

ب- البيع في أعيادهم: فلا يصح بيع شيء لهم يستعملونه في أعيادهم، وإلا فيصح البيع إذا قلنا إنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة (على تفصيل).

ج- الكفارة: فتصح من الكافر ويشترط فيها النية، إلا أن النية نية تمييز وليست نية قربة؛ ذلك لأن الكفارة يغلب عليها جانب الالتزامات المالية.

د- إذا نوى سفر مسافة القصر وهو كافر، ثم أسلم أثناء السفر، فإن قلنا إنه مخاطب بفروع الشريعة قصر، وإلا فلا .

الثاني:التمييز: فلا بد أن يكون الناوي مميزًا؛ والتمييزعبارة عن قوة في الدماغ تستنبط بها المعاني ويفرق بها بين الخير والشر، والنفع والضرر.

والمميز هو الذي يعرف الخطاب ويرد الجواب، وقيل: هو الذي يفرق بين الخير والشر والضرر والنفع، وفي الحديث عند أبي داود:﴿ هو الذي يفرق بين يمناه ويسراه﴾.

وهذا يخرج الصبي والمجنون والسكران فلا تصح منهم النية. فتصرفات الصبي والمجنون لا يترتب عليها أثر وعمدهم كالخطأ، ولكن عند الإتلاف عليهم الغرم، لأن الخطاب خطاب وضع وليس خطاب تكليف، فلا ينظر إلى نفس الفاعل إلا في بعض المسائل: كقول النبي صلى الله عليه وسلم:"جرح العجماء جبار"؛ فإن كان لهما مال أخذ منه، وإلا من مال أوليائهم.

أما السكران فإقراراته وعقوده غير معتبرة، أما جنايته فهو مسؤول عنها.

لا يلزم السكران إقرار عقود　　　بل ما جنى عتق طلاق وحدود

وهذا كله اعتبارًا لقاعدة: "أينما وجد الإتلاف وجد الضمان".

الثالث:العلم بالمنوي: أن يكون المكلف عالم بالمنوي؛ بحيث عليه أن يعلم العبادة التي يريدها من كونها فرضًا أو نفلًا، فمن جهل فرضية الوضوء لم يصح منه؛ ولهذا لا يصح من مسلم أن يدخل في عبادة أو معاملة حتى يعرف أركانها وشروطها وأحكامها، لقوله تعالى:﴿ولا تقف ما ليس لكبه علم﴾.

الرابع: عدم المنافي بين النية والمنوي: أي أن الناوي لا يأتي بشيء ينافي دوام النية أو ابتدائها سواء أثناء العبادة بعد أن دخل فيها، أوعند ابتدائها.

أنواع المنافي: المنافي نوعان: عزوب النية ورفضها، والتردد وعدم الجزم في أصل النية.

أ-عزوب النية ورفضها:

العزوب: هو الذهول عن النية، أي أنها تغيب عن خاطره، ففي الوضوء لا يضر إذا ذهل عنها أثناءه، فلا يشترط إحضارها، بل ما يجب هو فعلها في الأول.

جاء في مسائل ابن القداح-ت724هـ-(ص130، مسألة201):"من دخل الحمّام بنية الغسل ولم يتحرّ، وعزبت عنه النية وقتَ الغسل، فلا شيء عليه".

أما رفضها: وهوإبطالها فإذا كان في الأول (أثناء)، فإنه يبطل ويجب عليه ابتداؤه، أما الرفض بعد التمام فإنه لا يضر والوضوء صحيح؛ لأن العلماء لم يذكروا أن من نواقض الوضوء رفض النية بعد التمام ومثل ذلك الغسل، أما الصلاة والصوم فاتفقوا على أنهما ينقضان قطعًا في الأثناء، وإذا كان الصوم فرضًا فعليه القضاء والكفارة، وأما بعد تمامهما فلا يرتفضان؛ لأنهما وقعا والواقع لا يمكن رفعه. وهو المعتمد في المذهب كما صرح به القرافي، وابن الحاجب، والحطاب، وغيرهم.

أما الحج والعمرة فلا يرتفضان مطلقًا في الأثناء، أو بعد التمام؛ وذلك لأنه:

1-يجب إتمام الحج والعمرة ولو بعد الفساد.

2- لأن فيهما جانبًا من المال وليستا عبادة محضة – والله أعلم.

3- أن فيهما المشقة.

أما التيمم فيرتفع مطلقًا في الأثناء وبعده، وذلك لأنه ضعيف، وهو في الأصل بدل، ويبطل بالفصل الطويل، فمن باب أولى بالرفض، وهو من أضعف العبادات عند المالكية.

وقد علل القرافي(الذخيرة:250/1؛ الفروق:26/2) بعد أن نقل صاحب النكت:"إذا رفض النية في الطهارة أو الحج لا يضر بخلاف الصلاة والصوم،" قال القرافي:: والفرق: أن المراد بالنية التمييز؛ وهما متميزان بمكانهما؛ وهو الأعضاء في الوضوء والأماكن المخصوصة في الحج؛ فكان استغناؤهما عن النية أكثر،فلم يؤثر الرفض فيهما بخلاف الصوم والصلاة".

وما نقله القرافي عن صاحب النكت من كون رفض النية في الطهارة؛ أي الوضوء والغسل لا يضر؛ فهو من غرائب أنقاله؛ لأن الراجح في المذهب الإبطال.

ب- التردد وعدم الجزم في أصل النية:لأن النية هي قصد، ولا يتصور توجهه إلا إلى معلوم أو مظنون (غالبية الظن)، غلب على ظنك أنه سيقع. ولذلك فهي لا تصح إذا توجهت إلى شيء مشكوك فيه ومن باب أولى إلى شيء موهوم، فلا بد أن تسند إلى جزم وهذا الجزم إما أن يكون علمًا أو اعتقادًا، أو غالبية الظن،ولهذا قالوا في الصيام يشترط فيه الجزم، فإذا تردد: هل رمضان غدًا أو لا، ونوى أنه إذا كان رمضان يصوم وإلا فلا، فهذا لا يصح وعليه القضاء، وكذا لا يصح وضوء الكافر و لا غسله قبل انعقاد الإسلام؛ لأنهما عنده غير معلومين ولا مظنونين.(الذخيرة: 246/1؛ والأمنية:39).

وكذلك من كان له عروض تجارة إن أراد أن يردها إلى القنية، فلا بد أن يجزم في النية وإلا فإن حال عليه الحول وهو متردد فإنه يزكيه.

وأضاف القرافي شرطا آخر؛ فقال:"أن تتعلق بمكتسب الناوي؛ فإنها مخصصة، وتخصيص غير المفعول المكتسب محال؛ ولذلك امتنع نية الإنسان لفعل غيره؛ لأنه غير مكتسب له، وأشكل هذا الشرط". (الذخيرة:246/1؛ الأمنية: 39).

تنبيهات:

1- تعقب النية بالمشيئة: هل يعد ذلك منافيًا، وتبطل النية والعمل، أم لا؟

المالكية: الاستثناء بـ: إنشاء الله ونحوه لا يفيد ولا ينفع في غير اليمين بالله، فإن قال لزوجته: إن كلمت زيدًا فعبدي حر، وأنت طالق، أو فعليَّ حج ثم قال: إنشاء الله، فإنه إن كلمه (زيدًا) لزمه ذلك، وذلك أن المالكية قالوا النصوص وردت في اليمين دون غيرها فاقتصروا عليها.

الشافعية: قالوا ينفعه في غير اليمين وفيها، فلم يقتصروا على اليمين، أما في اليمين فالاستثناء يفيد إذا تعلق بمستقبل كقوله: والله لأفعلن كذا إن شاء الله ثم فعل، فلا كفارة عليه. وابن عباس رضي الله عنه كان يرى حتى ولو استثنى بعد عام من الحلف فإنه ينفعه، وقيل رجع عن قوله.

والاستثناء عند المالكية يفيد بشروط:

أ- لا بد أن يذكر قاصدًا حل اليمين، أما إذا أجراه على لسانه دون قصد، فإن ذلك لا ينفعه.

ب- أن يكون الاستثناء متصلًا بالمستثنى منه، أما إذا كان هناك فصل فإنه لا يفيد وعليه الكفارة، إلا أن يكون الفصل يسيرًا، أو كان هناك عارض لا يمكن رفعه كعطاس أو سعال، فلا يضر.

ج- ونطق به، لا بد أن ينطق بالاستثناء ولو سرًا بحركة اللسان، وأما إذا أجراه على قلبه بدون نطق فلا ينفعه، وهذا هو أقل السر لحركة اللسان دون إسماع، أما على السر فهو إسماع نفسه. وقالوا أدنى الجهر هو أعلى السر، أما أعلاه فلا حد له.

د- أن تكون يمينه في غير توثق بحق:أما إذا كان لها علاقة بالتوثق بحق، فإنه لا يفيده الاستثناء، كما لو شرط عليه عقد نكاح أو بيع شروط فطلب منه اليمين فحلف واستثنى فإنه لا يفيده؛ لأن اليمين على نية المحلف، كأن يقول إن تزوجت أخرى فابنتي طلاقها فحلف واستثنى، فإنه لا يفيده لأن اليمين على نية المحلف، لا على نية الحالف.

فمقاطع الحقوق لا تؤثر فيها المقلصد والنيات، وإنما تؤثر فيها الأقوال والشهادات(المعيار:494/9)، قال ابن عاصم في تحفته:

وهي إن تعددت في الأعرف على وفاق نية المستحلف

فإذا أنكره في دين أو وديعة مثلا، وحلف لاشيء عندي حاضرا أو في الدار مثلا، لم ينفعه بإجماع، وهو آثم عاص؛ لقوله صلى الله عليه وسلم:"من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال له رجل وإن كان شيئا يسيرا يا رسول الله قال وإن قضيبا من أراك"، أخرجه مسلم.

2- إن مقاصد اللفظ على نية اللافظ: معناه أن مقاصد اللفظ كاليمين والاعتكاف والحج لا تعتبر إلا بنية صاحبها المتلفظ بها؛ كأن يقول لزوجته أخرجي عني فإنه يسأل عن قصده إلا في صورة واحدة وهي اليمين عند من له ولاية التحليف كالقاضي أو الذي جعل حاكمًا على متخاصمين، فإنها على نية القاضي المحلف ولا تعتبر نية الحالف حتى لا تضيع الحقوق، كدعوى حنفي على مالكي.

ادعى حق على مالكي شفعة الجوار وكان القاضي حنفيًا يعتقد بلزومها خلافًا للمالكية، فليس للمالكي أن يحلف على نيته، (بعدم لزومها على مذهبه)؛ بل على نية القاضي، فلو حلف على مذهبه بعدم استحقاقها أثم واعتبرت نية القاضي.

3- **تخصيص اللفظ العام في اليمين بالنية ديانة وقضاء:** (ديانة: بينك وبين نفسك، وقضاء أمام القضاء). كأن حلف ألا يكلم أحدًا ثم قال نويت فلانًا، فإن كلم غير فلان هذا لا يحنث، وإن كلمة (واحد) عامة لكن نيته خصصت كلمة أحد، وذلك عند المالكية في يمين البساط (السبب الذي حلف من أجله).

- قاعدة فرعية عن القاعدة الكبرى: "الأمور بمقاصدها".

«العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»:

فالعبرة بما يقصده العاقد وما يعنيه، ولا ننظر إلى ظاهر اللفظ والمبنى، وهذه المقاصد هي عبارة عن القرائن اللفظية التي توجد أثناء العقد والتي تكسبه حكمًا آخر مع أن اللفظ قد يحتمل أشياء أخرى، فينظر في القصد وكذا المقاصد العرفية، وهو ما يستعمله الناس في تخاطبهم وتعاملهم؛ لأن لفظ كل شخص يحمل على لغته وإن خالفت لغة الشرع وعرفه.

من ذلك "الصلح"؛ فإنه مهما استعمل فيه من ألفاظ؛ فإن مضامينه والمعاني الدائرة فيه تدخله في حكم البيع؛ فيجوز ما يجوز في البيع، ما لايجوز في البيع لا يجوز فيه؛ قال ابن عاصم في تحفته:

الصُّلْحُ جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ ... لَكِنَّهُ لَيْسَ عَلَى الْإِطْلَاقِ
وَهُوَ كَمِثْلِ الْبَيْعِ فِي الْإِقْرَارِ ... كَذَاكَ لِلْجُمْهُورِ فِي الْإِنْكَارِ
فَجَائِزٌ فِي الْبَيْعِ جَازَ مُطْلَقَا ... فِيهِ وَمَا أُتُّقِيَ بَيْعًا يُتَّقَى
كَالصُّلْحِ بِالْفِضَّةِ أَوْ بِالذَّهَبِ ... تَفَاضُلًا أَوْ بِتَأَخُّرٍ أُبِي

ومن ذلك جعل القسمة بيعا؛ بنوعيها قسمة مراضاة بعد تعديل والتقويم، وقسمة مراضاة بدون تعديل بين الأجزاء، ولا ينظر فيهما إلى الألفاظ الدائرة بين الشركاء، فيحرم فيهما ما يحرم في البيع؛ ولهذا لو اقتسموا طعاما، فلا يجوز أن يأخذهم أحدهم مقدار من الشعير، والآخر نصف ذلك المقدار، والحال أن قيمة المقدارين متساويان للتفاضل في الجنس الواحد، ولا يجوز أن يأخذ أحدهم وسقا فولا الآن، والآخر وسقا شعيرا غدا للنساء في الطعام.

ومثل ذلك نصهم على أن الإقالة بيع من البيوع يحلها ما يحل البيوع، ويحرمها ما يحرم البيوع، ولا عبرة ما دار بينهما من الصيغ والمباني، ولا يقال أنها داخلة في مكافأة المعروف.

فإذا وقعت الإقالة وقت نداء الجمعة منعت وفسخت، وإذا حدث بالمبيع عيب وقت ضمان المشتري، ولم يعلم به البائع إلا بعد الإقالة فله الرد به.

وفي المدونة:"قلت: أرأيت إن صارفت رجلا بدراهم دنانير ثم لقيته بعد ذلك فقال لي: أقلني من الصرف فرفعت إليه دنانيره وافترقنا قبل أن أقبض دراهمي قال: لا يجوز هذا عند مالك.

قلت: فإن اشتريت سيفا محلى كثير الفضة، النصل للفضة تبع بدنانير ثم إنا التقينا بعد ذلك فتقايلنا فدفعت إليه السيف وافترقنا قبل أن أقبض الدنانير أيجوز هذا أم لا؟

قال: لا يجوز؛ هذا لأن مالكا قال: لا يباع هذا إلا يدا بيد فالإقالة هاهنا بيع مستقبل فلا يصلح له أن يقبله ويفترقا قبل أن يقبض دنانيره لأن مالكا قال لي: في الإقالة هي بيع من البيوع يحلها ما يحل البيوع ويحرمها ما يحرم البيوع".

وفي الموطأ:"قال مالك الأمر عندنا فيمن سلف في طعام بسعر معلوم إلى أجل مسمى، فحل الأجل، فلم يجد المبتاع عند البائع وفاء مما ابتاعَ منه فأقاله: فإنه لا ينبغي له ان يأخذ منه إلا ورقه أو ذهبه، أو الثمن الذي دفع إليه بعينه، وإنه لا يشتري منه بذلك الثمن شيئا حتى يقبضه منه؛ وذلك أنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع إليه، أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه، فهو بيع الطعام قبل أن يُستوفى. قال مالك: وقد نهى رسول الله صلى الله عليه و سلم عن بيع الطعام قبل أن يستوفى.

قال مالك: فإن ندم المشتري فقال للبائع: أقلني وأُنظرك بالثمن الذي دفعتُ إليك، فإن ذلك لا يَصلح، وأهل العلم ينهون عنه؛ وذلك أنه لما حل الطعام للمشتري على البائع، أخر عنه حقه على أن يُقيله، فكان ذلك بيعَ الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى.

قال مالك: وتفسيرُ ذلك أن المشتري حين حل الأجل، وكره الطعام أخذ به دينارا إلى أجل، وليس ذلك بالإقالة، وإنما الإقالة ما لم يزدد فيه البائعُ ولا المشتري، فإذا وقعت فيه الزيادة بنسيئة إلى أجل، أو بشيء يزداده أحدهما على صاحبه، أو بشيء ينتفع به أحدهما، فإن ذلك ليس بالإقالة، وإنما تصيرُ الإقالةُ إذا فعلا ذلك بيعا. وإنما أرخص في الإقالة والشرك والتولية ما لم يدخل شيئا من ذلك زيادةٌ أو نقصانٌ أو نظرةٌ. فإن دخل ذلك زيادةٌإ أو نقصانٌ أو نظرةٌ، صار بيعا، يُحِلُّه ما يُحِلُّ البيع، ويُحَرِّمُه ما يُحَرِّمُ البيعَ.

ومن ذلك أيضا هبة الثواب؛ فإن حكمهاكَحكم البيع يجوز فِيهَا مَا يجوز فِي الْبيُوع وَيمْتَنع فِيهَا مَا يمْتَنع فِيهَا من النَّسِيئَة وَغير ذَلِك.

ولهذا قال ابن الحاج في المدخل:"وَيَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَتَحَفَّظَ مِنْ هَذِهِ الْعَادَةِ الْمَذْمُومَةِ الَّتِي أُحْدِثَتْ وَهِيَ أَنْ يَهْدِيَ أَحَدُ الْأَقَارِبِ أَوْ الْجِيرَانِطَعَامًا فَلَا يُمْكِنُ الْمُهْدَى إلَيْهِ أَنْ يَرُدَّ الْوِعَاءَ فَارِغًا حَتَّى يَرُدَّهُ بِطَعَامٍ وَكَذَلِكَ الْمُهْدِي إنْ رَجَعَ إلَيْهِ الْوِعَاءُ فَارِغًا وَجَدَ عَلَى فَاعِلِ ذَلِكَ وَكَانَ سَبَبًا لِتَرْكِ الْمُهَادَاةِ بَيْنَهُمَا وَلِسَانُ الْعِلْمِ يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُهُ بَيْعُ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ غَيْرَ يَدٍ لِيَدٍ وَيَدْخُلُهُ أَيْضًا بَيْعُ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ مُتَفَاضِلًا وَيَدْخُلُهُ الْجَهَالَةُ. فَإِنْ قِيلَ: لَيْسَ هَذَا مِنْ بَابِ الْبِيَاعَاتِ وَإِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ الْهَدَايَا وَقَدْ سُومِحَ فِيهَا. فَالْجَوَابُ: هُوَ مُسَلَّمٌ لَوْ مَشَوْا فِيهِ عَلَى مُقْتَضَى الْهَدَايَا الشَّرْعِيَّةِ لَكِنَّهُمْ يَفْعَلُونَ ضِدَّ ذَلِكَ لِطَلَبِهِمْ الْعِوَضَ فَإِنَّ الدَّافِعَ يَتَشَوَّقُ لَهُ وَالْمَدْفُوعُ إلَيْهِ يَحْرِص عَلَى الْمُكَافَأَةِ فَخَرَجَ بِالْمُشَاحَّةِ مِنْ بَابِ الْهَدَايَا إلَى بَابِ الْبِيَاعَاتِ؛ وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ مَا تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ".

والقاعدة قد تخرج عليها نازلة" جمعية الموظفين"؛ وصورتها: أن يشترك جماعة في دفع مبلغ معين كل شهر، وبعد القرعة يأخذه واحد منهم المجموع، وهكذا كل شهر يأتي الدور على الآخر المجموعة، أو قل: جماعة تعاقدوا على أن يسلفوا كل واحد منهم مبلغا من المال، وعند انتهاء الشهر يقضي ما تسلف، ويسلف هو وبقية الجماعة لآخر منهم مثل ذلك المبلغ على شهر حتى يحصل لكل واحد منهم من القرض ما حصل للأول.

ظاهرها أنها قرض أو السلف مبناه التعاون والمعروف، ولكن معناها داخل تحت شرط التسالف؛ لأن شرط المسلف على المتسلف أن يسلفه مثل ما أسلفه منفعة زائدة على قضاء السلف، والقرض إذا جر منفعة بشرط لمقرضه منع باتفاق لخروجه حينئذ عن باب المعروف إلى المعاوضة، والقرض إنما جاز لكونه من باب المعروف؛ ولذا جاز فيه معاوضة النقد بالنقد، والطعام بالطعام نسيئة، ولولا أنه من باب المعروف لما جاز ذلك فيه.

وتجري أيضا في الدعاوى؛ لأن لفظ"العقود" إنما هو للغالب"، ومن صور جريانها في الدعاوي: كأن يتخاصم اثنان على امرأة متوفية بأن يدعي كل واحد منهما أنه زوجها، وأتى كل واحد منهما ببينة وتساوت البيناتان، فهنا نقسم المال بينهما مناصفة؛ لأن المقصود من الدعوى في النكاح بعد موتها الإرث؛ فكانت الدعوى دعوى مال، ولا مانع من اشتراكهما في المال.

أما لو كانت حية وأقام كل منهما البينة ولا مرجح لإحدى البينتين بسبق تاريخ أو دخوله بالمرأة أو غيره من المرجحات المذكورة هناك فإنه لا يقضى لأحد منهما، لأن المقصود حينئذ نفس النكاح والشركة فيه لا تكون.

أو كدعوى رجلين رهنًا كل واحد منهما يدعي بأنه رهنه، وأتى كل واحد منهما ببينة، فيقسم المال بينهما كذلك.

ومن الأمثلة في باب العبادات: مسألة: إسقاط الدين عن المعسر، هل يحسب زكاة؟

الجمهور: لا يجزئه؛ لأن الزكاة في ذمته، فلا يبرأ منها إلا بإقباضها.

ابن حزم وغيره: أن ذلك يجزئه؛ لأن الإبراء من الدين يسمى صدقة؛ ولأنه ما دام الفقير هو المنتفع في النهاية بقضاء حاجة من حوائجه الأصلية؛ وهي وفاء دينه، وقد سمى القرآن حط الدين عن المعسر صدقة في قوله تعالى من سورة البقرة:"**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ(280)**"، فهذا تصدق على المدين المعسر، وإن لم يكن فيه إقباض ولا تمليك؛ والأعمال بمقاصدها لا بصورها.(فقه الزكاة: للقرضاوي).

وتتميما لقاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، أن البيع ينعقد بكل ما يدل على الرضا من الألفاظ، وإن كان بيلفظ الأخذ والإعطاء بل حتى بالمعاطاة (بدون لفظ). وكذلك ينعقد النكاح بكل لفظ يدل على التمليك على وجه التأبيد، كالبيع والهبة والإحلال والمنحة، وهذه الألفاظ أربعة أقسام عند المالكية:

1-لفظ ينعقد به النكاح سمي صداق أولا، وهو: (أنكحت وزوجت).

2- لفظ ينعقد به النكاح لكن بشرط تسمية الصداق في صلب العقد وهو: (وهبت).

3- مالا ينعقد به مطلقًا: كل لفظ لا يقتضى التأبيد، كالإجارة والعارية ولو سمي الصداق.

4- ألفاظ فيها خلاف في المذهب: وهي كل لفظ يقتضي التمليك مدة الحياة، فهذا يجوز عند القاضي عبد الوهاب والباجي، وابن العربي، ويمنع انعقاد النكاح بها عند ابن رشد الجد؛ كما ذكره في المقدمات، وهذا كقوله:«منحتك ابنتي».

الثانية: اليقين لا يزول بالشك

- بيان معاني الألفاظ:

اليقين: هو العلم الذي لا تردد معه، وهو في أصل اللغة: الاستقرار من يقي الماء في الحوض إذا أستقر فيه، وفي المصباح المنير:"الْيَقِينُ الْعِلْمُ الْحَاصِلُ عَنْ نَظَرٍ وَاسْتِدْلَالٍ؛ وَلِهَذَا لَا يُسَمَّى عِلْمُ اللَّهِ يَقِينًا، وَيَقِنَ الْأَمْرُ يَيْقَنُ يَقَنًا مِنْ بَابِ تَعِبَ إذَا ثَبَتَ وَوَضَحَ؛ فَهُوَ يَقِينٌ فَعِيلٌ بِمَعْنَى فَاعِلٍ".

ولا يشترط في تحقيق اليقين الاعتراف والتصديق، بل يصح مع الجحود كما قال تعالى:﴿...**وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلمًا وعلوًا فأنظر كيف كان عاقبة المفسدين**﴾.

واليقين: في اصطلاح علماء المنطق: هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت، فبهذا يخرج بالقيد الأول (الجازم)الظن وغلبة الظن، وذلك لخلوهما من الجزم، والقيد الثاني (المطابق للواقع) يخرج به ما ليس مطابقًا للواقع وهو الجهل، وإن كان صاحبه جازمًا. والقيد الثالث(الثابت) خرج به اعتقاد المقلد في ما كان صوابًا، لأن اعتقاده لم يكن عن دليل بل محض تقليد لكل عرضة للزوال.

فما هو المناسب في تعريف الفقهاء؟

المناسب أن يعتبر اليقين بالمعنى الأول (اللغوي) لأن الأحكام الفقهية تبنى على الظاهر (وهو غلبة الظن) فكثرًا ما يكون الأمر في نظر الشارع "يقينًا" لا يزول بالشك، في حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه.

مثاله: فالشارع الحكيم جعل الشأن (الأمر) الثابت بالبينة الشرعية (الشهود) في درجة اليقين؛ إذ جعلها كالثابت بالعيان، قال النبي صلى الله عليه وسلم في الشهادة: لرجل:﴿ ترى الشمس؟﴾ قال: نعم قال﴿على مثلها فاشهد، أو دع﴾، مع أن الشهادة لا تخرج عن كونها خبرآحاد، فالعقل يجيز فيها السهو والنسيان لكن هذا الاحتمال ضعيف لا يخرج البينة عن كونها يقينًا.

ومن هنا كان اليقين يشمل غلبة الظن، فأحكام الشريعة على وجه الجملة تبنى على الظاهر وغلبة الظن، لكن هناك أحكام لا بد أن تبنى على اليقين؛ وهي:

1-إنسان عقد على أختين بعقدين متعاقبين، ونسي من عقد عليها أولًا، فلا يجوز له أن يطأ إحداهما حتى يتبين، لأن الفروج لا تبنى على الظن والتحري.

2- إنسان له زوجات فطلق إحداهن ثم نسي، فلا يجوز له أن يطأ إحداهن حتى يتبين، وإلا طلقن عليه جميعهن، وهو قول المالكية، و"في المغني لابن قدامة:يقرع بينهن،وإن كان أحمد قد كرهه إلا في حالة موته؛ لأن كلًا منهن تنكر حتى ترث.

3- كذلك إنسان أوصى للجنين في بطن أمه، لا بد أن يتيقن من أن الجنين كان موجودًا في بطن أمه وهو أن تلده لستة أشهر بعد الإيصاء، وإلا يكون قد أوصى لمعدوم. والظن وغلبة الظن لا بد أن يستند إلى دليل لا إلى توهم أو احتمال.

الشك: هو التردد بين النقيضين دون ترجيح لأحدهما على الآخر، فهو تردد بين وجود الشيء وعدمه بحيث لا يكون هناك مزية لأحدهما على الآخر والظن والشك بمعنى واحد عند غالبية الفقهاء.

معنى القاعدة: معناها أن ما كان ثابتًا متيقنًا أو راجحًا (بغلبة الظن) لا يرتفع بمجرد طرو الشك عليه؛لأن الشأن أن القوي لا يزيله إلا من هو مثله في القوة، أو أكبر منه، والشك أقل من اليقين.

ولا فرق أن يكون هذا اليقين السابق قد اقتضى الحظر أو اقتضى الإباحة، فالعمدة عليه في الحالتين، ولا يلتفت إلى الشك في طرو الإباحة على الحظر، أو طرو الحظر على الإباحة.

مثال: رجل مسلم يدخل بلدًا فيجد شاة مذبوحة، وفي البلد مجوس -وهم أغلبية السكان- ومسلمون؛ فلا تحل حتى يعلم أنها ذكاها مسلم، لأن الأصل فيها الحظر، أما إذا كان الغالب فيها المسلمون جاز الأكل؛ لأن الأصل فيها الحلية.

وكذلك إنسان يجد ماء متغيرًا واحتمل تغيره بنجاسة، فيجوز التطهر به؛ لأن الأصل في المياه الطهارة، ولا يغير الشك حكم الماء.

لكن هناك شك لا يعرف أصله، مثال: من أكثر ماله حرام؛ فيمكن أن يجوز على أساس أنك عاملته في غير الحلال.

ويحرم على أساس أنك عاملته في الحرام من أكثر ماله، قال ابن القاسم يحرم. وقال أشهب يكره، وأما معاملة من أكثر ماله حلال، فقال ابن القاسم: تكره، وقال أشهب: تجوز.

دليل القاعدة: (من السنة، والإجماع والمعقول)

أ- **من السنة:** قوله صلى الله عليه وسلم:﴿إذا وجد أحدكم في بطنه شيئًا فأشكل عليه أخرج منه شيء أو لم يخرج، فلا يخرجن من المسجد حتى يسمح صوتًا أو يجد ريحًا﴾ رواه مسلم من حديث أبي هريرة

والحديث واضح الدلالة بأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الشك باليقين فلا يخرج حتى يتيقن، وهذا الحديث أصله في الصحيحين لكن بألفاظ أخرى من حديث عبد الله بن زيد قال:﴿ اشتكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة. قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا﴾.

وكذلك حديث آخر في صحيح مسلم، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:﴿إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدركم صلى ثلاثًا أو أربعًا فليطرح الشك وليبني على ما استيقن﴾.

والحديث فيه دلالة ظاهرة في طرح الشك والاعتماد على اليقين، والحديث له روايات كثيرة خير من أحصاها ابن عبد البر في التمهيد.

ب- من الإجماع: فقد نقل غير واحد من العلماء منهم القرافي الإجماع على هذه القاعدة.

ج- من المعقول: الأقوى لا يزال بالأخف، وعلى ذلك اليقين ونحو من الظن وغلبة الظن هو أقوى من الشك.

مكانتها: هذه القاعدة من القواعد الكبرى في الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر قاله السيوطي، ومما يدل على أهمية هذه القاعدة أقوال بعض العلماء:

1- شمس الدين السرخسي الحنفي: (التمسك باليقين وترك المشكوك فيه أصل في الشرع).

2- وهذا ابن عبد البر في التمهيد في شرح حديث أبي سعيد الخدري: (في هذا من الفقه أصل عظيم جسيم مطرد في أكثر الأحكام وهو أن اليقين لا يزيله الشك وأن الشيء مبني على أصله المعروف حتى يزيله يقين لا شك معه).

5- **وقال النووي:** عند حديث أبي سعيد المتقدم في شرح مسلم:« وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه».

أمثلة تتفرع عن القاعدة الكلية الكبرى"اليقين لا يزول بالشك":

الشك في الحدث بعد التيقن في الطهارة: فجمهور العلماء من الشافعية والحنابلة والأحناف ذهبوا إلى طرح الشك وإلغائه،وتبقى الطهارة متيقنة فإنه لا يزيلها شك، لأنه أخف منها.

أما المالكية في مشهورهم والمفتى به أن الشك هذا معتبر، وعليه فإنه يلغي الطهارة وعليه أن يستأنف طهارة جديدة.

حجة الجمهور: هو العمل بهذه القاعدة التي دلت عليها النصوص وقال بها العلماء واتفقوا عليها.

والخلاف راجع إلى: هل الشك في الحدث شك في المانع أم شك في الشرط؟ لكن ابن عرفة قال:«إن المتأمل في هذه المسألة يرى أن الشك هنا في المانع والحدث مانع من موانع الوضوء، ومن المعروف عند الأصوليين أن الشك في المانع ملغى وغير معتبر، وبالتالي فالطهارة صحيحة، والمالكية قالوا عليه الوضوء، فكيف يوجه قولهم، الذي خالف القاعدة وجمهور العلماء».

جاء في نظم نوازل عبد الله العلوي الشنقيطي لمحمد العاقب بن ما يابى الجكني الشنقيطي وشرحه مرجع المشكلات لأبي القاسم التواتي الليبي بيان قاعدة إلغاء الشك في المانع، واعتباره في الشرط:

والشك في الرضاع غير مانع   لأنه شك في نفس المانع

وقال في المنهج المنتخب:

والشك في المانع لا يؤثر   في كطلاق وعتاق يذكر

وعكسه الشرط كموقن إذا   في حدث شك وشبه يحتذا

ومثلوا للشك في الشرط في كونه يعتبر بامتناع القصاص فيمن قتل ابنه.

حاول المالكية تبرير ما ذهبوا إليه بمايلي:

1-أن مالكًا قال بوجوب الوضوء وطرح الطهارة مراعاة لسهولة الوضوء.

2- أن الإعادة تحمل على الاستحباب والاحتياط (ابن وهب ومن تبعه)، والسبب والشرط يعتبر فيهما الشك؛ لأن أصلهما العدم حتى يتبين اليقين، أما الشك في المانع فهو عكسهما لا يعتبر حتى يتيقن وجوده

3- قال القرافي: «إن قول مالك راجح بالنظر إلى أن الصلاة مقصد والطهارات وسائل إلى مقاصد، وطرح الشك لتحقيق المقصد أولى من طرحه لتحقيق الوسائل».

صور طروء الشك عند المالكية:

لطروء الشك عند علمائنا ثلاث صور:

1- تيقن الطهارة وشك في الحدث

2- تيقن الحدث وشك في الطهارة

3- تيقن الطهارة والحدث، وشك في سابق منهما.

فهذه الحالات الثلاث قبل الصلاة تنقض الوضوء مطلقًا، وفي أثناء الصلاة فيها تفصيل.

الحالة الأولى: إذا شك في صلاته استمر فيها، ثم إن تحقق فذاك أعاد الوضوء والصلاة.

الحالة الثانية: إن شك هل توضأ أم لا، قطع واستأنف الوضوء لأنه شك في الشرط.

الحالة الثالثة:إن شك في السابق منهما ففيه خلاف، قيل كالأولى، وقيل كالثانية فيقطع وهو الظاهر لأنه شك في الشرط كالحالة الثانية.

والفرق بين الشك فيها وقبلها، أن الشك فيها ضعيف لكونه دخل الصلاة بيقين فلا يقطعها إلا بيقين.

وأما من شك خارجها فواجب عليه أن لا يدخلها إلا بطهارة متيقنة، أما إذا حصل الشك بعد الصلاة فلا يضر إلا إذا تحقق الحدث، لكن ابن عبد البر لم يعجبه قول مالك: «فيمن أيقن الوضوء وشك في الحدث أنه يتوضأ»، وقال إنه خالف الثلاثة، وخالفه أكثر أصحابه؛ وذلك أن مالكًا أفتى في الموطأ أن من وجد في ثوبه احتلامًا لا يدري متى أصابه، فإنه يغتسل ويعيد ما صلى من آخر نومة نامها. وقال:«وهذا يرد قوله فيمن أيقن الوضوء وشك في الحدث أنه يتوضأ».

وفي مسائل ابن القداح:"من وجد في ثوبه احتلاما ولم يدر أيّ نومة حصل فيها، والثوب لا يفارقه، اغتسل وأعاد الصلاة من أول نومة نامها فيه، وإن كان ينزعه فمن آخر نومة نامها فيه وهو المشهور".

فابن عبد البر من أنصار تقديم الموطأ على المدونة مع ابن العربي، لكن المتأخرين كلهم يقدمون المدونة،وأول المتأخرين ابن أبي زيد القيرواني؛ إذ رد قول مالك بهذا الذي أفتى به هو، وقال: هذا يرد قوله في المدونة.

من تيقن الدين وشك في الوفاء، لزمه الوفاء.

إنسان تيقن أربع رضعات، وشك في الخامسة، الشافعية قالوا يبني على اليقين ولا تحرم، إلا بتحقق الخامسة.

مسألة: ذكر ابن العربي: من قال لزوجته أنت طالق في ليلة القدر قال:«فللعلماء فيه ثلاثة أقوال»

الأول: لا تطلق حتى يتم العام من أول يمينه؛ لأنه يحتمل أن تكون ليلة القدر في العام، فلا يبطل يقين النكاح بالشك إجماعًا من أكثر الأئمة.

الثاني: إذا كان آخر ليلة من شهر رمضان، طلقت: لأنها في شهر رمضان كما ثبت في الآثار، ولا يتبين تعيينها إلا بدخول سبع وعشرين، فلا يقع يقين الفراق الذي يرتفع به يقين النكاح إلا حينئذ.

الثالث: إنها تطلق في حين ذلك – قاله مالك– وليس مبنيًا على الطلاق بالشك، فإن مالكًا لم يطلق قط بالشك، ولا يرفع الشك عنده اليقين بحال، وقد جهل ذلك علماؤنا... وإنما تطلق عند مالك بأن من علق طلاق زوجته على أجل آت لا محالة فإنها تطلق الآن؛ لأن الفروج لا تقبل تأقيتًا: ولذلك أبطل العلماء نكاح المتعة.

استثناءات هذه القاعدة:

1– شك ماسح الخف، هل انقضت المدة، أم لا؟

الجمهور: يوم وليلة للحاضر، وللمسافر ثلاثة أيام بلياليها.

المالكية: لا تحديد للمدة.

2– شك هل مسح في الحضر أم في السفر، مطلق الشك يرفع اليقين فيعمل بالشك؛ لأنه رخصه، وقال أحمد بن القاص: يحكم فيهما بانقضاء المدة، وصوبه النووي.

3– شك مسافر هل نوى الإقامة، أم لا؟ لا يجوز له الترخيص. صححه النووي.

4- شك مسافر أوصل البلد، أم لا؟ قال ابن القاص: لا يجوز له الترخص، وصوبه النووي كذلك.

5- إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري أمسافر هو أو مقيم، لم يجز القصر، قال النووي: حكمها صحيح ولكن لا تدخل في قاعدة "الشك"؛ لأن التقصير رخصة بشرط فلم يتحقق.

6- بال حيوان في ماء كثير، ثم وجد متغيرًا فلم يدر أتغير بالبول أم بغيره؟ قال ابن القاص: هو نجس. قال النووي: هو صحيح، لكن هو من باب ترك الأصل بالظاهر.

7- المستحاضة والمصاب بسلسل البول توضأ كل منهما شكًا في انقطاع الحدث فصليا بهذه الطهارة، فلا تصح صلاتهما، صوبه النووي.

8- المستحاضة المتحيرة يلزمها الغسل عند كل صلاة شكت في انقطاع الدم قبلها، قال النووي: صحيح والأصل لا يجب عليها الغسل.

9- تيمم ثم رأى شيئًا لا يدري سراب هو، أم ماء؟ بطل تيممه وإن بان أنه سراب، صححه النووي.

10- رمى صيدًا فجرحه ثم غاب عنه فوجده ميتًا فلم يدر أمات من رمية أم مات بشيء آخر؟ فلا يأكله، وكذلك إذا أرسل كلبًا فجرحه، قال النووي: فإن قلنا بالتحريم فهو على القاعدة.

11- إذا شك الناس في انقضاء وقت الجمعة فإنهم لا يصلون. وأن الأصل بقاء الوقت.

12- إذا توضأ ثم شك هل مسح رأسه أم لا؟ وجهان عند الشافعية والأصح صحة الوضوء.

13- صلى وسلم ثم شك هل صلى ثلاثًا أم أربعًا، صحت صلاته، بخلاف إذا كان في وسط الصلاة.

القواعد المندرجة تحت قاعدة"اليقين لا يزول بالشك".

1- الأصل بقاء ما كان على ما كان.

معنى القاعدة: أن القاعدة المستمرة، أن يحكم للأمر الثابت وجودًا وعدمًا، بالبقاء على حالته التي كان عليها في الزمن الماضي "في الزمن التالي"، وهذا معنى"الاستصحاب"عند الفقهاء.

وجه اندراجها تحت القاعدة الكبرى:

إن بقاء الشيء الثابت على حالته التي كان عليها أمر متيقن، وتغيره عنها أمر مشكوك فيه؛ فيطرح الشك ويبقى اليقين وهو البقاء سواء وجودًا أم عدمًا.

ويقصدون بالاستصحاب هنا"استصحاب الحال"؛ وهو:« ما دل الشرع على ثبوته ودوامه لوجود سببه أو وصفه أي سببه موجود؛ وهذا معنى الاستصحاب».

مثاله: ثبوت الملك بثبوت الشراء، فالشراء سبب لثبوت الملك ما دام الشراء متيقن فالملك متيقن، ولا يزول إلا بتيقن زوال البيع، وثبوت شغل الذمة بعد جريان الإتلاف، فلا تبرأ إلا بضمان ما أتلف، وهذا حجة لا خلاف فيه.

أما استصحاب الحال لوجود وصفه"كالحياة"، فهو محل خلاف بين الفقهاء، فعند الجمهور حجة دفعًا وإثباتًا، وعند الأحناف حجة دفعًا إثباتًا.

مثاله: المفقود، فقالوا: يستصحب وصف الحياة بالنسبة له حتى يقوم الدليل على وفاته، وهذا محل خلاف بين العلماء كما سبق:

أ-جمهور العلماء اعتبروه حجة مطلقًا دفعًا وإثباتًا، فيدفع غيره أن يرثه، ويثبت له حقوق؛ كأن يموت أحد أقاربه، فإنه يرث.

ب- أما الأحناف: قالوا حجة للدفع – يدفع غيره أن يرثه – وليس حجة للإثبات.

قال ابن القيم: حال الأحناف وحال الجمهور كحال المعارض والمعترض، فالأحناف حالهم كحال المعارض فهو يعارض أن يرثه غيره ولا يرث.

أما الجمهور فحالهم كالمعترض يأتيك بدليل الدفع ودليل الإثبات.

ج- المالكية: تعارض عندهم الغالب مع الأصل فأيهما يقدم؟ وعليه:

1– المفقود في بلاد المسلمين تطلب زوجته من القاضي البحث عنه فإذا لم يطرأ طارئ فيأمرها القاضي بالبقاء، أربع سنوات، ثم تعتد كعدة وفاة، وإذا أرادت أن تطلق نفسها إن لم تقدر على البقاء فلها ذلك.

أما أمواله فقالوا ينتظر بها سبعين سنة – (وماذا لو فقد وعمره سبعون سنة؟ فهل ينتظر كذلك سبعين سنة؟ وإذا كان الغالب قد سقط، فهل يصار إلى الأصل؟ إشكال وربما القاضيياجتهد)؛ لأن الغالب في أمة محمد صلى الله عليه وسلم أنه لا يعمر الواحد منهم أكثر من ذلك، فتعارض عندهم الغالب مع الأصل فقدموا الغالب على الأصل، وإذا جاء بعد تقسيم أمواله وانقضاء مدة التعمير، فما استهلك من أمواله لا يرد، وما لم يستهلك يرده.

2– المفقود في بلاد المشركين: قالوا كالأول ينتظر مدة التعمير: تقديم الغالب على الأصل.

3– المفقود في الفتن بين المسلمين أو في أرض وباء مهلك: قالوا زوجته تعتد عدة الوفاة بمجرد انتهاء الحرب أو زوال الوباء، أما أمواله فتقسم بمجرد انتهاء الحرب بشرط رؤيته في صف القتال، وإلا فهو كالمفقود في بلاد المسلمين، وهذا تغليبًا للأغلب على الأصل، لأن الأغلب أنه ميت والأصل أنه حي. ونفس الشيء يقال في الوباء المهلك.

4– المفقود في الحرب بين المسلمين والمشركين (الكفار) قالوا: تعتد زوجته بعد انقضاء سنة، وتقسم أمواله بعد انتهاء سنة كذلك، لاحتمال أنه أخذ أسيرًا، وهذا تغليبًا للغالب الذي هو وفاته، على الأصل الذي هو حياته، فالمالكية في كل هذه المسائل يغلبون الغالب على الأصل.

أمثلة لقاعدة"الأصل بقاء ما كان على ما كان":

1– تيقن الحدث وشك في الطهارة، فالأصل بقاء ما كان على ما كان؛ وهو تيقن الحدث.

2– البناء في الرعاف: قال ابن العربي في القبس: وهي مسئلة معضلة ليس في المذهب أشكل منها، ثم قال: ليس فيها نص، ولها نظير.

قال القرافي في ذخيرته: تعارض هاهنا محذوران:

أحدهما: أن مفارقة الإمام بعد التزام الصلاة معه لا تجوز.

والثاني: الحركات إلى الأمام فعل زائد في الصلاة لا يجوز، ولا بدللراعف من أحدهما بعد مفارقة الإمام، فيحتاج إلى الخروج، فالمشهور مراعاة الأول ووجوب الرجوع لوجوه:

أحدها: أن وجوب الاقتداء راجح **بالاستصحاب لثبوته قبل الرعاف** بخلاف الآخر.

وثانيها: أن الزيادة إنما تمنع وتفسد إذا كانت خالية من القربة؛ وهذه وسيلة للقربة في الاقتداء؛ فتكون قربة.

وثالثها: أن هذه حالة ضرورة؛ فتؤثر في عدم اعتبار الحركات ولا تؤثر في ترك الاقتداء كما في صلاة الخوف؛ فإن الرجوع جوزته الزيادة في صلاة الإمام بطول الانتظار لأجل الاقتداء الذي لم يجب؛ فكيف إذا وجب؟

3- من أكل آخر الليل وشك في طلوع الفجر، ولم يتبين له واستمر على شكه، هل أكل قبل الفجر أم بعده؟ فالأصل عدم القضاء، وهو بقاء ما كان على ما كان، وهذا متعلق بما إذا لم يستمر على شكه وإلا قضى.

أما المالكية فقالوا يقضي؛ لأن الفرض عندهم لا يرتفع بغير يقين، أي لا تبرأ ذمته إلا بتيقنه؛ إما قضاء، أو تيقن أنه أكل قبل الفجر.

3- من أكل في آخر النهار وشك في غروب الشمس، فالأصل بقاء ما كان على ما كان وهو القضاء؛ لأن الأصل أنها لم تغب.

4- دعوى المقترض أنه دفع القرض، وأنكر المقرض فالقول قول المقرض مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان؛ وهو أنه لم يدفع له؛ وهذا عند خلو البينات.

5- دعوى المستأجر دفع الأجرة، وأنكر المؤجر (مع خلو البينة)، فالقول قول المؤجر مع يمينه.

أما المالكية فقالوا ينظر إلى القرب والبعد، فإذا كان المؤجر ادعى عدم الدفع بوقت قليل بعد إنهاء الإجارة، فالقول قول المؤجر مع يمينه ؛لأنه من الطبيعي أن يطالب بالأجرة بعد انقضاء مدته، وإذا بعد فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأن الأصل أن لا يسكت المؤجر عن المطالبة كل هذا الوقت.

6- دعوى المشتري دفع الثمن، وأنكر البائع فالقول قول البائع؛ فالأصل بقاء ما كان على ما كان؛ فالقول قول البائع مع يمينه.

لكن المالكية قالوا: لا بد أن يحكم بالعرف في ذلك، فما دل العرف على أن مثل هذه المبيعات يكون الدفع فيها نقدًا (حالًا) فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن العرف يشهد له، وهذا كاللحم والخضر والفاكهة والخبز.

7–دعوى البائع أنه دفع السلعة وأنكر المشتري، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأن ألأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو عدم القبض.

وقال المالكية: العرف شاهد؛ كأن تكون السعلة مما يقبض معجلًا، فالقول قول البائع مع اليمين، وما لم يكن فيه عرف أصلًا بل كان يقع بالوجهين أو كان العرف تأخير قبض المبيع، فالقول فيه للمشتري مع يمينه، قال صاحب التحفة:

القول قول مشتر بعد الحلف — في القبض فيما بيعه نقدا عرف

وهو كذا البائع فيما عدا — مستصحب النقد ولو بعد مدا

كالدور والرقيق والرياع — ما لم يجاوز حد الابتياع

والقبض للسلعة فيه اختلفا — جار كقبض حكمه قد سلفا

استثناءات من القاعدة:

1– دعوى رد الوديعة وأنكرها صاحبها: القول قول المودع عنده مع يمينه، وقالوا: لأننا لو قلنا القول قول صاحبها؛ لتخلى الأمناءعن قبض الأمانات.

2– دعوى المرأة انتهاء العدة في مدة تحتمل ذلك، فإنها تقبل دعواها مع يمينها؛ لأن هذا الأمر لا يعرف إلا من جانبها، وقال بعضهم: تطلع عليها النساء الخبيرات.

ومثلها القصاب (الجزار) في قوله إن ذبيحته مذبوحة بطريقة شرعية، فالقول قوله بلا يمين.

4– الأصل براءة الذمة:

تعريف: البراءة: الخلو من الالتزام. "الذمة" **لغة:** العهد والأمانة، قال تعالى:﴿ لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمة﴾ إلًا بالكسر: هو القرابة. وقيل: هو الله سبحانه.

– **اصطلاحًا:** فقد عرفها (القرافي في الفروق) بقوله: «أنها معنى شرعي مقدر في المكلف (أمر حكمي تقديري)، قابل للالتزام واللزوم». وعلى هذا التعريف لا يدخل الصبي؛ لأنه غير قابل للالتزام.

وتعقبه ابن الشاط في (الأنواء) حيث قال:«الأولى عنديأن يقال إن الذمة قبول الإنسان شرعًا للزوم الحقوق دون التزامها، وعلى هذا تكون للصبي ذمة»؛ لأنه يمكن إلزامه أرش الجنايات، وقيم المتلفات، وعلى هذا تكون الذمة من خطاب الذي لا يشترط فيه التكليف، قاله (التسولي في البهجة)

واستدل لهما في المدونة؛ **قال مالك:**«من أودعته حنطة فخلطها صبي أو أجنبي بشعير المودع عنده، ضمن ذلك في ماله وإن لم يكن له مال وقت الإتلاف بقي في ذمته حتى يكون له مال».

معنى هذه القاعدة: القاعدة المستمرة أن ذمة الإنسان خلقت خالية من الالتزام بشيء من الحقوق.

وجه اندراجها تحت القاعدة الكبرى: من الأمور المتبقية براءة الذمة، ومن الأمور المشكوك فيها انشغال الذمة؛ فيطرح الشك تبعًا للقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

وتستعمل هذه القاعدة في الدعاوى عند خلو المدعي من البينات؛ فما على المدعى عليه إلا يمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته مما أدعى عليه المدعي.

- الأمثلة:

-الاختلاف في قيمة المتلف حيث القيمة في متلفه كالمستعير والغاصب والمودع عنده، فاتفقا على الإتلاف واختلفا في القيمة، وصاحب الشيء المتلف ادعى أكثر، فالقول قول الغارم، لأن الأصل براءة الذمة من الزيادة، وهذا كله مع عدم وجود بينة (والحال أنهما اتفقا على قيمة ثم ادعى صاحب المتلف الزيادة).

- من عجز عن الحركات في الصلاة حتى الإيماء برأسه، هل تسقط عنه الصلاة أم يقصد ذلك بقلبه؟

الأحناف: تسقط عنه؛ لأن الأصل براءة الذمة.

قال ابن شاس نقلا أبي الطاهر:...وإٍن عجز عن جميع الحركات ، ولم يبق له سوى النية بالقلب ، فهذه الصورة لا نص فيها في المذهب " .

ثم حكى أن مذهب الشافعي : إيجاب القصد إلى الصلاة بقلبه ، وأن مذهب أبي حنيفة : إسقاط الصلاة عمن وصل إلى هذه الحال .

ثم قال :" وقد طال بحثنا عن مقتضى المذهب في هذه المسألة ، والذي عولنا عليه في المذاكرة موافقة مذهب الشافعي مع العجز عن نص يقتضيه في المذهب . ورأى أنه الاحتياط . وأنّ مذهب أبي حنيفة يقتضي الرجوع إلى براءة الذمة ، ثم قال : " ولا يبعد أن يختلف المذهب في المسألة ".

4- ما ثبت بيقين لا يرفع إلا بيقين:

معناها: أن ما ثبت بيقين لا يرفع بالشك ولا بالظن؛ وإنما يرفع باليقين أو بغلبة الظن، فإنه ينزل منزلة اليقين عند عدم اليقين.

وجه اندراجها تحت القاعدة الكبرى: واضح.

- أمثلة:

1-تيقن الحدث وشك في الطهارة.

2- إنسان تيقن الدين والشك في قدره، يلزمه إخراج ما تبرأ به ذمته.

3- إنسان شك في إخراج الزكاة والكفارة أو القضاء أو الهدي، فلا يرفع إلا بيقين؛ وهو أن يفعل ذلك.

4- الشك في زوال عصمة النكاح، فما دام ثبت بيقين فلا يرفع إلا بيقين، ومنه طلاق الهازل لا يرفع لأنه لا يقين فيه، خلاف المالكية الذين يقولون بوقوعه، وكذلك طلاق الغضبان لا يقع؛ لأنه لا يقين فيه؛ ولأنه غير قاصد خلافًا للمالكية الذين يقولون بوقوعه كذلك.

5-مكتري الشيءإذا ادعى ضياعه قبل الانتفاع ليسقط عن نفسه الأجرة لا يصدق، ويلزمه الكراء، ولا يسقط عنه إلا ببينة؛ لأن الكراء قد لزم في ذمته؛ فلا يبرأ منه إلا ببينة، ذكر ذلك النفراوي في الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني.

وذكر هذه القاعدة الفرعية جمال الدين القاسمي في كتابه الماتع"الاستئناس لتصحيح أنكحة الناس" (ت 1332 هـ)، وبنى عليها قاعدة في باب الطلاق؛ فقال:"القاعدة في باب الطلاق ما قرره ابن حزم ونقله ابن القيم: أن النكاح المتقين لا يُزال إلا بيقين مثله من كتاب أو سنة أو إجماع متيقن، فإذا وجد واحد من هذه الثلاثة رفع حكم النكاح به، ولا سبيل إلى رفعه بغير ذلك؛ وذلك لأن الفروج يجب أن يحتاط لها-أي أن الفرض هو أن يبقى الزوجان على يقين النكاح الذي سماه الله تعالى﴿**عُقْدَةَ النِّكَاحِ**﴾ حتى يأتي ما يزيله بيقين"، ورجح في كتابه بناء على ذلك عدم وقوع طلاق الغضبان، والسكران، والهازل، والمكره، كما رجح أن تحريم المرأة فيه كفارة يمين أو لغو لا شيء فيه.

4- "الأصل إضافة الحدث إلى أقرب أوقاته":

معناها: إذا وجد الأمر الحادث وكان يحتمل حصوله في زمن بعيد أو قريب وليس عندنا بينة تحدد في أي زمان وقع ذلك الحادث؛ فإن القاعدة المستمرة أن يضاف أو ينسب ذلك الأمر إلى الوقت القريب؛ لأن الوقت القريب متفق عليه بين القائل بالوقت البعيد والقائل بالوقت القريب، بخلاف حصوله في الوقت البعيد، فإنه لم يتفق عليه بينهما، وإنما هي دعوى القائل بالوقت البعيد فقط؛ فيضاف الحادث إلى أقرب أوقاته.

وجه اندراجها تحت القاعدة الكبرى: إن وجود الأمر الحادث في الوقت القريب من الأمور المتيقنة، ووجوده في الزمن البعيد من الأمور المشكوك فيها، والقاعدة الكبرى (اليقين لا يزول بالشك).

- أمثلة:

1-حصول العيب في السلعة المبيعة، واختلف البائع والمشتري في أي وقت وقع العيب؟ فالمشتري يدعي حصوله في يد البائع، والبائع يدعي حصوله عند المشتري، فالقول قول البائع؛ لأنه هو الزمن القريب فيضاف إليه الحدث.

2- وجود بلل المني في الثياب ولم يعرف في أي وقت حدث فيضاف إلى آخر نومة نامها.

3- إنسان ضرب امرأة حاملًا على بطنها، ثم انفصل الجنين حيًا بلا ألم، وبقي فترة من الزمن ثم مات، فقالوا: الموت لا ينسب للضرب بل إلى أمر آخر قريب بعد الضرب، ولا ضمان على الضارب، بخلاف ما إذا انفصل ميتًا أو انفصل حيًا ومات من فوره فإنه ينسب له وعليه الضمان.

4- دعوى الزوجة حصول الطلاق في مرض الموت (حتى ترث)، وأنكر الورثة، وقالوا: بل حصل ذلك في حال الصحة، فالقول قول الزوجة ولا يلتفت إلى قول الورثة، وعليه ترث المرأة.

- **تذييل:** أورد ابن الفخار المتوفى سنة 419هـ في كتابه"الانتصار لمذهب أهل المدينة" بعض تناقضات الأئمة كالشافعي وأبي حنيفة رحمهم الله، وهذا لا ينقص من قدر العلماء، ومهما قيل عنهم فإنه ينبغي التأدب معهم كل التأدب، ولا يلتفت إلى جدال العلماء، فهو جدال العلماء، فهو جدال واختلاف أقران.

قال الشافعي: في من فتح قفص طير إنه إن خرج الطير في فور الفتح كان ضامنًا له، وإن تراخى خروجه عن فور الفتح لم يضمن؛ لأن الطير خرج بعد الفور.

وعلل أيضا كما نقله الزركشي في المنثور: لأنه وجد من الفاتح سبب، ومن الطائر مباشرة واختيار، فأحيل على المباشرة، ذكر ذلك في تمثيله لقاعدة"إذا اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة"

وقال كذلك فيمن ألقى رجلًا إلى سبع، فإن افترسه السبع فورًا الإلقاء قتل الملقي قصاصًا، وإن تراخى افتراسه وقتله إياه على فور الفعل، لم يلزم الذي ألقاه شيء.

وزعم أن كل واحد من الطير والسبع متى لم يتصل فعله بفعل من جعل له السبيل إليه، فإنه يعد ذلك باختياره، ويعد فعله ذلك جُبارًا (هدرًا)، فياليت شعري من أين له التمييز بين ما يفعله الحيوان اختيارًا وبين ما يفعله طبعا من غير اختيار؟، هذا لا سبيل إلى علمه إلا بالوحي، وقد انقطع الوحي.

وقال: فيمن حل وكاء زق عسل أو سمن أو ما أشبهه، فارتخى خروج ما في الزق عن فورالفتح؛ فقال الشافعي: لا ضمان عليه فيما خرج منه، ومتى خرج فور الحل فعليه الضمان، فجعل للجماد تمييزًا واختيارًا (اللوحة25- 26 من مخطوطة الانتصار لابن الفخار؛ وانظر: المنثور للزركشي: 133/1-134، و174، و114/2-115؛ إيضاح القواعد الفقهية الصولتية:30).

تنبيه: قاعدة " الأصل إضافة الحدث إلى أقرب أوقاته".

بالرغم من اندراجها تحت القاعدة الكلية إلا أنها ليست من القوة بمكان، فإذا تعارضت مع قاعدة "بقاء ما كان على ما كان" أو قاعدة "الأصل براءة الذمة" فإنهما يقدمان عليها.

- أمثلة:

1- إذا وقع اختلاف بين المُقِر والمُقَر له، بأن قال المُقَر له: أنت أقررت لي بمال بعد بلوغك (حتى يلزمه المال)، وقال المُقِر: لا بل أقررت لك قبل بلوغي (حتى لا يلتزم له بالمال)، فلو أخذنا بقاعدة (الأصل إضافة الحدث إلى أقرب أوقاته) لكان القول قول المُقِر له، لكنها تعارضت مع قاعدة (الأصل براءة الذمة) فتقدم عليها، وبالتالي فالقول قول المُقِر.

2- إذا تنازع الوكيل والموكل: قال الموكل للوكيل: بع لي هذه الأشياء، وبعد ذلك تنازعا فعزل الموكل الوكيل عن تنفيذ ما أمر به، وكان هناك بيع، واختلف في البيع هل وقع قبل العزل أو بعده؟ فالوكيل يدعي أنه وقع قبل العزل (حتى لا يضمن) والموكل يدعي أنه بعد العزل (حتى يغرم الوكيل).

فلو أخذنا بقاعدة(الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته) نقدم قول الموكل (البيع حدث في أقرب الأوقات، أي بعد العزل) لكن تعارضت مع قاعدتي (الأصل براءة الذمة)، و(الأصل بقاء ما كان على ما كان)؛ وبالتالي القول قول الوكيل، وهذا كله مع خلاف.

5- "الأصل في العقود الجد لا الهزل":

ومثلها قولهم:«الأصل في العقود الصحة لا الفساد»

معناها: أن القاعدة المستمرة أن تحمل العقود على الجد والصحة لوقوعها على الأمر المناسب للشرع، لأن الأصل في عقود المسلمين أنها على الجد وعلى الصحة؛ لأنهم على وجه الجملة ينقادون للشرع؛ وبالتالي فعقودهم تكون على وجه الصحة والجد.

وجه اندراجها: من الأمور المتيقنة حصول العقود على الجد والصحة، ومن الأمور المشوك فيها حصولها على الهزل والفساد، فيطرح الشك ويعمل باليقين.

- أمثلة:

1- اختلاف المتعاقدين (مدعي ومدعى عليه)، فالأول يقول أن المعاملة (بيعًا أو إجارة...) وقعت على الصحة والجد، وهذا لكي يمرر العقد، والثاني يقول: إنها وقعت على الهزل أو على الفساد، ليتخلص من الالتزام، ولا بينة لأحد منهما؛ فحينها يقدم مدعي الصحة أو مدعي الجد،ويثبت العكس ببينة قاطعة.

يقول صاحب التحفة:

القول قول مدع للأصل   أو صحة في كل فعل فعل

ما لم يكن في ذاك عرف جار   على خلاف ذاك ذو استقرار

معناه: أن الأصل تقديم قول مدعي الصحة والأصل، إلا أن يكون هناك عرف جار بعكس ذلك فيقدم من شهد له العرف.

2- ومثاله أيضًا قول المشتري: وقع البيع على الخيار ليكون له الفسخ، وقال البائع: بل وقع على البت، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل في البيوع أنها على البت.

واستثنى من هذه القاعدة (الأصل في العقود الجد والصحة لا الهزل والفساد) كما هو عند المالكية وغيرهم: الطلاق، النكاح، والرجعة والعتاق، فهذه جدها جد وهزلها جد كما في الحديث.

6- "الأصل في الأبضاع (الفروج) التحريمّ:

وبعضهم يقول: (التحري لا يجري في الفروج).

مثاله: «امرأة ترضع طفلًا وطفلة في قرية ما، ثم يكبر ويرغب في الزواج من تلك القرية وهو يعلم أن فيها أخته من الرضاعة (محرمة عليه)، فلا يجوز له الزواج من تلك القرية حتى يعين أخته، فيتجنب الزواج بها؛ لأن الأصل في الفروج أنه لا يجوز فيها التحري»(المالكية).

تعريف: الأبضاع: جمع بضع، والمراد بها الاستمتاع بالنساء، فالأصل التحريم حتى يأتي دليل يبيح.

معنى القاعدة: القاعدة المستمرة تحريم الاستمتاع بالنساء، إلا لدليل ناقل عن ذلك الأصل، كعقدة الزواج.

وجه اندراجها: من الأمور المتيقنة حرمة التمتع بالنساء ومن الأمور المشوك فيها إباحته، فيطرح الشك، ويعمل باليقين الذي هو الحرمة.

- أمثلة:

أ-إذا تقابل في المرأة الحل والحرمة غلبت الحرمة، ولهذا امتنع الاجتهاد فيها، إذا اختلطت ذات محرم بنسوة أجنبيات، وهن محصورات فلا يجوز الزواج بإحداهن؛ لأنه ليس أصلهن الإباحة فلا زواج حتى يتبين الاجتهاد باستصحابه (يأتي الدليل على إباحتهن) وهذا المنع مذهب المالكية خلاف الحنابلة الذين يقولون يعينها بالقرعة، ولهم قول أنه يعينها بنفسه.

وإنما جاز النكاح في صورة النساء غير المحصورات (بلد كبير كالجزائر العاصمة) رخصة من الله عز وجل.

2- ومما ذكره ابن تيمية في هذا الصدد:«أنه لو كان في السوق دكان يتعامل بالحرام ودخل إنسان السوق، ولم يدر أي الدكاكين يتعامل بالحرام، فلا يجوز له الشراء».

3- مثال ذكره الغزالي (في الإحياء): لو كان إنسان وكيلًا في شراء أمة، ووصفها الموكل بصفات معينة، ومات الوكيل قبل أن يسلمها للموكل، لم يحل للموكل وطؤها، لاحتمال أنه أشتراها لنفسه،

وإن كان ذلك الشراء قد وقع على الصفات التي عينها الموكل على ظاهر الحال لكن لما كان الأصل التحريم حتى يتيقن الحل،حرمت على الموكل، ويجوز أخذها للخدمة.

بعض المسائل المستثناة من القاعدة الكلية الكبرى"اليقين لا يزول بالشك":

وهذه المسائل ذكر جملة منها الإمام النووي (ت 686 هـ) في (المجموع ج 118/1) والإمام النووي رحمه الله تعالى نقل هذه المسائل عن الإمام أبي العباس أحمد بن القاص (ت 335 هـ) من متقدمي الشافعية له كتاب (الملخص) ومن طرائفه أنه وضع كتابًا كاملًا في شرح حديث: ﴿ يا أبا عُمير ما فعل النُّغير..﴾، والحديث صحيح مخرج في: والبخاري، مسلم، أحمد، ابن ماجة،الترمذي، وأبي داود. وأصل هذا الكتاب أن ابن القاص سمع الناس يقولون كيف أدخل البخاري هذا الحديث في باب الأحكام، فأخرج منه ستين فائدة لخصها ابن حجر في فتح الباري (ج582/10- 583) وبعضهم أخرج منه مائتي فائدة.

والمسائل هي:

1-شك ماسح الخف هل انقضت المدة، أم لا؟

2- شك هل مسح في الحضر، أو في السفر.

يحكم في المسألتين بانقضاء المدة. وصوبه النووي فيهما.

مدة المسح عند العلماء خلاف المالكية، يوم وليلة للمقيم وثلاثة أيام بلياليها للمسافر.

3- مسافر شك هل وصل بلده، أم لا؟ فلا يجوز له الترخص (القصر) بل عليه الإتمام، وصوبه النووي فيها، وهذا مع أن الأصل هو القصر (فخولف الأصل، والقصر هو المتيقن خلاف الإتمام فهو مشكوك فيه، فلم يعمل بالأصل؛ وهذا معنى استثنائها من القاعدة الكلية).

4- إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري أمسافر هو أم مقيم؟ لم يجز له القصر، (المسافر لا يصلي إلا خلف مسافر)، وإذا صلى خلف المقيم أتم معه في أصح الأقوال، والمالكية قالوا:إن المسافر يصلي وحده استحبابًا إذا وجد جماعة متممة ليأتي بالسنة، وفيه تفصيل وخلاف:

فبعضهم قال: يصلي مع الإمام الأوليين وينتظر متى يسلم الإمام فيسلم معه.

وبعضهم قال: لا ينتظر ويسلم وهو ضعيف، والأولى إن صلى مع المتمم أن يتم.

والنووي صوبه وقال: كلامه ظاهر، ولكن قال لا يندرج تحت قاعدة (ترك اليقين بالشك)، لأن القصر رخصة بشرط، فإذا لم يتحقق رجع للأصل وهو الإتمام، والشرط أن يعلم نية الإمام.

5- شك مسافر هل نوى الإقامة، أم لا؟ لا يجوز له الترخيص. وصوبه النووي (خولف الأصل وهو أن المسافر يقصر، وعمل بالشك).

6- بال حيوان في ماء كثير ثم وجد متغيرًا ولم يدر أتغير بالبول أم بغيره، فالقاعدة أن (الأصل طهارة الماء)، فالشافعية قالوا: يطرح الماء ويعتبر نجسًا، ولا يعمل بالقاعدة، والنووي صوبه، ولكن قال: لا تندرج تحت قاعدة ترك اليقين، وإعمال الشك، ولكن بقاعدة ترك الأصل للظاهر (الغالب).

7- المستحاضة المتحيرة: يلزمها الغسل عند كل صلاة تشك في انقطاع الدم قبلها، والمستحاضة حكمها حكم الطاهرة وهذه (المتحيرة) تشك هل انقطع الدم قبل الصلاة أو بعده، فحكمها الاغتسال عند كل صلاة، وصوبه النووي.

8- تيمم ثم رأى شيئًا لا يدري أسراب هو، أو ماء، فالقاعدة أن تيممه صحيح؛ لأن السراب مشكوك فيه والتيمم متيقن، فيعمل باليقين ويطرح الشك.

قال: بطل تيممه، وإن بان سرابه (ظهر أنه سراب فعلًا)؛ لأنه فرط في الطلب (كان عليه أن يتأكد هل هو سراب أو ماء) والطلب "التأكد" يكون بيمشي ميلين أو ثلاثة.

9- رمى صيدًا فجرحه ثم غاب عنه فوجده ميتًا، وشك هل أصابته رمية أخرى (حجر، رمية مجوسي، رمية نصراني)، فالقاعدة أنه هو الذي رماه؛ وعليه فإنه يحل له، خلافًا للقاعدة فإنه لا يحل.

قال المالكية: صيد أهل الكتاب حرام على المسلمين وإن كان طعامهم حلالًا، خلافًا للجمهور، ويشترط في آلة الصيد أن تكون خارقة مسيلة للدم، بخلاف ما إذا كانت حجرًا يقتل بالضرب مثلًا، فإنه كالمنخنقة إذا لم يدم.

وكذلك لو أرسل عليه كلبًا ثم لم يعرف هل كلبه الذي أصابه أم كلب آخر، فهنا كذلك لا يحل، وصوبه النووي.

10- من أصابته نجاسة في ثوبه أو في بدنه، وجهل موضعها وجب عليه غسل الكل (عند ابن القاص).

وقال النووي: ليس من ترك اليقين بالشك؛ بل هي لأصل آخر، وهو أن الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة متيقنة.

11- المستحاضة والمصاب بسلس البول إذا توضأ منها ثم شك هل انقطع حدثه (برء أم لا) فالأصل بقاؤه على أصله (عدم انتقاض الوضوء) أنه مريض، والأصل بقاؤه حتى يتيقن، خلافًا للقاعدة فإنه يعيد، ولو صلى بوضوئه لبطلت صلاته، وصوبه النووي.

وزاد عليه النووي مسألتين:

1-إذا توضأ وشك هل مسح رأسه أم لا؟؛ فالنووي قال: هناك وجهان لأصحاب الشافعي، والأصح صحة وضوئه، ويقال الأصل عدم المسح حتى يتيقن، ويمكن إجراؤها على قاعدة (الأصل في عبادة المسلمين الصحة)، ووافقه المالكية.

3- لو سلم من صلاته ثم شك، هل صلى ثلاثًا، أو أربعًا؟؛ فالأظهر أن صلاته مرت على الصحة (بخلاف ما إذا كان قبل السلام، فلا خلاف، له أن يبني على الأقل).

هناك قاعدة تابعة للقاعدة الكبرى"اليقين لا يزول بالشك" على وجه العموم؛ وهي:

7- الأصل والغالب – العادة – أيهما يقدم؟.

قول الفقهاء إذا اجتمع الأصل والغالب، فهل يقدم الأصل على الغالب أم العكس، قولان: ليس على عمومه، بل لجريان القولين لا بد من توفر ثلاثة شروط:

أ-ألا تطرد العادة (الغالب)، بمخالفة الأصل، وإلا قدم حكم العادة والغالب قطعًا، (أي أنه إذا اطردت العادة بمخالفة الأصل قدمت العادة، وإن لم تطرد جرى القولان).

مثاله: الماء الخارج من الحمام، فما دام أنه ماء فالأصل أنه طاهر، لكن العادة والغالب أن الماء الخارج من الحمّام نجس، فغلبت العادة لاطرادها.

ب- أن تكثر أسباب الظاهر والغالب (العادة) مع الأصل، فإن ندرت لم ينظر إليها قطعًا (يقدم الأصل).

مثاله: من تيقن الطهارة وغلب على ظنه الحدث، فالأصل الطهارة (تقدم الطهارة).

ج- ألا يكون أحدهما قد اعتضد بدليل خارجي، وإلا فالعمل بالذي عضد.

- فالضابط فيما يجري فيه القولان وما لا يجريان هو أنه:

إذا كان الظاهر والغالب حجة يجب قبوله شرعًا: كالشهادة، والرواية، والأخبار، فهو مقدم على الأصل قطعًا.

يقول القرافي:« هذا ليس على إطلاقه أيهما يقدم، بل أجمعت الأمة على اعتبار الأصل وإلغاء الغالب في دعوى الدين ونحوه؟ فإن القول قول المدعى عليه (الأصل براءة الذمة)، وإن كان الطالب (المدعي) أصلح الناس وأتقاهم لله، ومن الغالب عليه ألا يدعي إلا ما هو له، فهذا هو الغالب وهو ملغى باتفاق العلماء، بل يجب عليه الإتيان بالبينة أو اليمين».

وكذلك اتفق الناس على تقديم الغالب وإلغاء الأصل في البينة إذا أشهدت فإن الغالب صدقها، والأصل براءة ذمة المشهود عليه وألغي الأصل بالإجماع.

واعترض على القرافي في تمثيله هذا (الشيخ أحمد المنجور الفاسي 995 هـ) ولما ذكر كلام القرافي (ابن المنجور) قال: قال الأُبي في اختصار الفروق، وهذا خطأ؛ لأن الأبي ليس له اختصار على الفروق، وإنما الذي اختصر الفروق، هو تلميذ القرافي(أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن محمد الباقوري ت707 هـ) نسبة لباقور الأندلس، ونقل هذا الخطأ أبو القاسم التواتي الليبي في (الإسعاف) والعجب كيف لم ينتبه أبو القاسم لهذا الخطأ؟ فالمعترض الباقوري، وليس الأبي (نسبة إلى أبة – قرية بتونس)، وقال: إنما ألغي الغالب الذي هو صدق البر والتقى ليس لما ذكره من تقديم الأصل على الغالب بل لحديث:"القلوب بيد الله يقلبها كيف يشاء"، قال الباقوري: فليس هذا من باب إلغاء الغالب بل لهذا الحديث، وكذلك قال في البينة: ليس من باب إلغاء الأصل والعمل بالغالب؛ بل هذا من باب العمل بالخبر الذي لا يصح خلافه الذي فيه :«شاهداك أو يمينه» أو كما قال صلى الله عليه وسلم.

وإذا لم يكن للظاهر والغالب وجه من وجوه الترجيح، بل كان مسنده العرف والقرائن أو غلبة الظن، ففي هذه يتفاوت أمرهما فتارة يعمل بالأصل مطلقًا، وتارة يعمل بالظاهر والغالب، وتارة يخرج الخلاف، هل يقدم الأصل على الصحيح، أم لا؟أم يقدم الظاهر والغالب على الصحيح أم لا؟ فهذه أربعة أقسام:

1- الذي قطع فيه بالظاهر وألغي الأصل:

مثال: البينة، فالأصل براءة المشهود عليه، ومع ذلك لزمه المالبالشهادة؛ لأن الغالب صدق البينة، وهي حجة؛ فهنا قدم الظاهر أو الغالب على الأصل الذي هو (براءة المشهود عليه)؛ لأن الشرع أقامها مقام الحجة القاطعة.

وكاليد في الدعاوى: (واليد معناها وضع يده على شيء وادعاء ملكه، كسكناه الدار مع عدم وجود بينة تثبت ملكه إياها)؛ فإن الأصل عدم الملك، والظاهر (الغالب) في اليد الملك، فقدم الظاهر على الأصل (نسبة الملك إليه)، وهذا لأن الظاهر والغالب أنه لا يضع يدهإلا على ملك له؛ فهو ثابت بالإجماع.

ومثله: ما يقوله المالكية: في إنسانًا عرف بالتعدي والظلم، ويشار إليه بالبنان، فمثل هذا من ادعى عليه أنه ظلمه وهو على هذه الحالة، فيحلف المدعي ويستحق ما طلبه مع أن الأصل عدم التعدي والظلم، لكن لما غلب التعدي والظلم على هذا الإنسان، فمن الغالب أن يكون هو الفاعل لذلك الفعل، وإلا ضاعت حقوق الناس، فهنا غلب الغالب على الأصل، وهذا رحج غير واحد من المالكية؛ منهم الونشريسي واعتمده، وقيل يقدم الأصل وهو قول المدعى عليه.

2- ما قطع فيه بالأصل وألغيت القرائن الظاهرة (الغالب).

مثاله: لو تيقن الطهارة وشك في الحدث أو ظنه، فهذا يبنى على الأصل وهوتيقن الطهارة (وهذا قبل الصلاة وبعدها خلافًا للمالكية الذين يقولون: لو شك قبلها أعاد الوضوء على خلاف عندهم).

من شك في طلوع الفجر؛ فهذا يأكل حتى يتيقن طلوعه، أو شك في طلاق امرأته فالأصل تيقن النكاح، فهذه الأمور يقطع فيها بالأصل ويلغي الظاهر.

3- ما فيه الخلاف والأرجح تقديم الظاهر(الغالب).

مثاله: من شك بعد الصلاة أنه ترك فرضًا منها، فهذه لا تؤثر على المشهور والراجح في المذهب المالكي – أن صلاته صحيحة؛ لأن الظاهر جريانها بأنها على الصحة مع أن الأصل عدم الإتيان حتى يتيقن.

وكذلك حكم غيرها من العبادات كالصوم والحج والوضوء؛ فهذه إذا شك بعد تمامها فليس عليه شيء؛ لأن الغالب أن عبادة المسلمين تحمل على الصحة، وإن كان الأصل عدم الإتيان، فيغلب جانب الظاهر.

اختلاف المتعاقدين في الصحة والفساد، اختلفا هل وقع العقد على الصحة أو على الفساد؛ لأن الذي يدعي الفساد يريد فسخ العقد، ومدعى الصحة يريد جريان العقد واستمراره، فقالوا القول قول مدعي الصحة على الأظهر؛ لأن الظاهر في عقود المسلمين الجارية بينهم أنها على الصحة، وإن كان الأصل عدمها.

وكذلك إنسان قال لزوجته: (أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق) بدون فصل بواو أو نحوه، ولم يقصد لا تأكيدًا ولا تأسيسًا (تأسيس طلاق جديد)، فالأظهر عند المالكية أنه يقع ثلاثًا؛ لأن الظاهر من هذا اللفظ أنه يقع موقع الثلاثة وتطلق عليه ثلاث، والأصل عدم الفرقة فغلب الظاهر، وبمعنى آخر أنه إذا دار اللفظ بين التأكيد والتأسيس (تأكيد المعنى الأول، أو تأسيس معنى جديد)؛ فالأولى التأسيس.

4- ما فيه الخلاف والأصح (الأرجح) تقديم الأصل.

مثاله: طين الشوارع المارة بها الدواب والناس بالنسبة للنجاسة، فقيل: بنجاسته لغلبة النجاسة على طين الشوارع، وقيل: بعدم نجاسته؛ لأناألأصل الطهارة حتى ترى النجاسة، وهذا قدم الأصل على الغالب، وأما القائلون بنجاسته فقدموا الغالب على الأصل، والراجح والمعمول به في المذهب (المالكي) أنها تحمل على الطهارة.

كذلك ثياب الصبيان، فمن صلى فوق ثوب صبي؛ فالغالب فيه أنه لا يتوقى النجاسة، فلو أخذنا بهذا القول فصلاته غير صحيحة على الغالب، والأصل أنه لا نجاسة حتى يتيقن وجود أعيانها في هذا الثوب، فيقدم الأصل على الغالب.

كذلك قالوا ثياب الكفار التي ينجسونها بأيديهم، والمعروف أن الغالب عليهم أنهم لا يحترزون من النجاسة؛ لأنه لا وازع ديني لديهم، لكن الأصل كونهم أحياء ومن البشر، فالأصل طهارتهم؛ لأن كل حي طاهر إلا ما استثناه الدليل، فهنا يقدم الأصل على الغالب، ويجوز لبس منسوجاتهم.

وبه علل ابن عبد الحكم جواز الصلاة فيما لبسه النصارى بناء على استصحاب أصل الطهارة، وإن كان مشهور مذهب مالك جواز لبس ما نسجوه دون ما لبسوه.

وعلل أيضا بكون عمل الناس قد مضى على خلاف ذلك-أي أنهم يصلون فيها- ولا يمتنعون، وقد اشتهر اتباعه للسلف-أي مالك رحمه الله-وهنا قدم العمل على القياس-، والقياس كان يقتضي التسوية بين ما يلبسوه، وبين ما نسجوه؛ لان ذلكلا يخلو من النجاسة، وقيل لمالك فيما نسجوه: أنهم يبلون الغزل بأيديهم؛ وهم أهل نجاسة، فقال: لا بأس به لم يزل الناس على ذلك.

قال البخاري: باب الصلاة في الجبة الشامية، وقال الحسن في الثياب ينسجها المجوسي: لم ير بها بأسا.

قال الحافظ ابن حجر: هذه الترجمة معقودة لجواز الصلاة في ثياب الكفار ما لم يتحقق نجاستها وكانت الشام إذ ذاك دار كفر..... ووجه الدلالة منه أنه صلى الله عليه و سلم لبسها ولم يستفصل.

وفي الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي عليه: (وَلَا يُصَلَّى بِمَا غَلَبَتْ عَلَيْهِ كَثَوْبِ كَافِرٍ وَسِكِّيرٍ وَكَنَّافٍ وَغَيْرِ مُصَلٍّ ، وَمَا يَنَامُ فِيهِ غَيْرُهُ ، وَمَا حَاذَى فَرْجَ غَيْرِ عَالِمٍ) هَذِهِ الْأَحْكَامُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَنَّهُ إذَا تَعَارَضَ الْأَصْلُ وَالْغَالِبُ قُدِّمَ الْغَالِبُ ، فَإِنَّ الْأَصْلَ – فِيمَا ذُكِرَ – الطَّهَارَةُ ، وَالْغَالِبُ النَّجَاسَةُ.

وَ (غَيْرِ الْمُصَلِّي): يَشْمَلُ الصِّبْيَانَ وَالنِّسَاءَ وَالرِّجَالَ الَّذِينَ لَا اعْتِنَاءَ لَهُمْ بِالصَّلَاةِ ؛ لِأَنَّ شَأْنَهُمْ عَدَمُ التَّحَرُّزِ مِنْ النَّجَاسَةِ، وَالثَّوْبُ الَّذِي يَنَامُ فِيهِ غَيْرُ مُرِيدِ الصَّلَاةِ لَا تَجُوزُ بِهِ الصَّلَاةُ ؛ لِأَنَّ شَأْنَهُ مَا ذُكِرَ.

ومَحَلُّ الْحُرْمَةِ إذَا جَزَمَ بِعَدَمِ الطَّهَارَةِ أَوْ ظَنَّ عَدَمَهَا أَوْ شَكَّ .
أَمَّا لَوْ تَحَقَّقَتْ الطَّهَارَةُ أَوْ ظُنَّتْ ، فَتَجُوزُ الصَّلَاةُ بِهِ .

وَهَذَا فِي الْكَافِرِ بِخِلَافِ ثِيَابِ شَارِبِ الْخَمْرِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ؛ فَإِنَّهُ فِي حَالَةِ الشَّكِّ يُحْمَلُ عَلَى الطَّهَارَةِ تَقْدِيمًا لِلْأَصْلِ عَلَىالْغَالِبِ.

قال الصاوي: وَفِيهِ نَظَرٌ بَلْ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا مَتَى حَصَلَ شَكٌّ قُدِّمَ الْغَالِبُ؛ لِأَنَّ ثَمَرَةَ تَقْدِيمِ الْغَالِبِ لَا تَظْهَرُ إلَّا عِنْدَ الشَّكِّ فِي الْجَمِيعِ.

ومن الأمثلة: ما يصنعه أهل الكتاب من الأغذية والأطعمة، ويُقدم في أوانهم؛ فالغالب عليهم النجاسة، والأصل فيهم عدم النجاسة، فيقدم الأصل.

ومثل: ما يصنعه المسلمون الذين لا يصلون ولا يستنجون بالماء ولا يتحرزون من النجاسة وغيرها، فالغالب عليهم النجاسة لكن الأصل الطاهرة، فيقدم الأصل، لكن الأفضل عدم الصلاة في ثوب الكافر أو الذي لا يصلي، أو سؤر الكفار فهذا يكره كراهة تنزيهية.

اختلاف العلماء في بعض المسائل:

1–دعوى المبتاع الجهل بالعيب الظاهر؛ فمالك رحمه الله قبل دعوى المبتاع بيمين، فقدم الأصل.

وابن حبيب والموثقون من المالكية لم يقبلوها لغلبة أن العيب الظاهر لا يخفى.

2- تزوج الحرأمة فيدعي الغرر وتنكله، قولان: فأشهب يقول:القول الزوج؛ لأنه ادعى الغالب (الحرلا يتزوج إلا حرة)، وقال سحنون: القول قول الأمة؛ لأن الزوج مدع، والأمة مدعى عليها، والأصل تقديم قول المدعى عليه.

الكلية الثالثة: المشقة تجلب التيسير

1- مفرداتها:

أ-**المشقة لغة:** تأتي لمعنيين أولهما: التعب، ومنه قوله تعالى:﴿ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس...﴾. أي بتعبها.

وثانيهما:الثقل: ومنه قوله صلى الله عليه وسلم:﴿لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة﴾ أي لولا أن أثقل عليهم لأمرتهم.

ب- تجلب: بمعنى تسبب وتسوق وتستدعي.

ج- التيسير: التسهيل والتخفيف.

المعنى الإجمالي للقاعدة: الصعوبة والعناء ونحوهما من الجهد والتعب، تصبح سببًا للتسهيل والتخفيف.

اصطلاحًا: إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر، أو حرج.

2- أدلتها: لها أدلة كثيرة من الكتاب، والسنة، والإجماع، ومن مشروعية الرخص في الشريعة.

أ- **الكتاب:** ففيه أدلة كثيرة تدل بمجوعها على رفع المشقة والحرج عن هذه الأمة، ومنه قوله تعالى:﴿يريد الله أن يخفف عنكم﴾، ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾، ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾، فهذه الآيات تدل دلالة واضحة أن الله تعالى ما يريد أن يجعل في شريعته حرجًا ولا عسرًا على أمة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، بل يريد بهم اليسر.

ب- **السنة:** أحاديث كثيرة منها:﴿إن الله شرع الدين فجعله سهلًا سمحًا واسعًا، ولم يجعله ضيقًا﴾، ﴿إن هذا الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه﴾، ﴿إن الله رضي لهذه الأمة اليسر وكره لها العسر﴾.

ج- **الإجماع:** فقد نقله غير واحد من أهل العلم منهم الإمام الشاطبي في الموافقات على عدم وقوع التكليف بالشاق من الأعمال.

د- **مشروعية الرخص:** فهذه كثيرة، منها رخص الفطر والقصر والجمع، ورخص تناول المحرمات في الاضطرار والتيمم...فهذه بمجموعها تدل على أن هذه القاعدة لها أصل.

3- أنواع التخفيفات في الشريعة ألإسلامية:

الأول: نوع عام: يشمل بعض أركان الإسلام الخمسة، مثلًا الصلاة المفروضة خمس صلوات في اليوم والليلة موزعة على الليل والنهار ولا يستغرق وقتها مدة طويلة، كذلك الزكاة لا تجب إلا في أموال معينة وبشروط معينة (النصاب، حولان الحول)، وكذلك الصيام لا يجب إلا مرة واحدة في العام شهرًا كاملًا، وفيه رخص، وكذلك الحج لا يجب إلا مرة في العمر على المستطيع.

الثاني: شرعه الله من أصله تيسيرًا على العباد ودفعًا للمشقة لو لم يشرع:

كالإجارة، فالمنفعة تستوفىزمنًا بعد زمن، وبعض العلماء ذهب إلى أنها باطلة، كأبي بكر الأصم، ورد عليه الشوكاني فقال:«وهو عن أدلتها أصم».

والسلم: وهو عقد على معدوم، فلقد رخصت الشريعة في السلم دفعًا للحرج، ورخصت في العرايا.

الثالث: نوع شرعه الله لما يوجد من الأعذار والعوارض الطارئة:

وهو ما يسمى بالرخص، وهو المقصود هنا بالدراسة في هذه القاعدة.

4- أنواع المشقة وبيان ما يجب التيسير منها:

فالمشقة التي يتعرض لها المكلف قسمان:

أ- مشقة لا تنفك عن العبادة في الغالب: أي أنها لازمة لتلك العبادة ومن طبيعتها؛ وذلك كمشقة البرد المعتاد في الوضوء والغسل، ومشقة السفر في الحج والجهاد، ومشقة الحدود كرجم الزناة وقتل الجناة والبغاة وقطع يد السارق، فهذا القسم لا أثر له في التخفيف؛ لأن لكل تكليف نوع من المشقة تستلزمها طبيعته،وتختلف فيها بحسب درجته، فهذا القسم من المشقة لا أثرله في التكليف (اعتباره) فهو لا ينافي التكليف ولا يوجب التخفيف؛ لأن التخفيف حينئذ إهمال وتفريط؛ ذلك أن هذه المشقة لو أثرت في الأحكام (تخفيفًا) لضاعت مصالح الطاعات والعبادات في جميع الأوقات؛ لأنه لا تخلو عبادة من هذه المشقة، (هذا ما وضحه القرافي في الفروق، ووافقه وأقره عليه ابن الشاط في الأنواء).

ب- مشقة تنفك عن العبادة غالبًا: أي ليست لازمة للعبادة وهي ثلاثة أنواع:

1- مشقة عظيمة فادحة: كمشقة الخوف على النفس والأطراف ومنافع الأعضاء، فهذه المشقة خارجة عن المعتاد، وموجبة للتخفيف والترخيص؛ لأن حفظ النفوس والأطراف لإقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للفوات في عبادة من العبادات.

أمثلة: مشقة الاغتسال من الجنابة والحيض ونحوهما من شدة البرد، فهنا يجوز للمكلف أن يتمم؛ لأنه خاف أن يصيبه مرض في نفسه أو في طرف من أطرافه، حتى ولو خاف الإصابة بالزكام، ومثل ذلك العروس إذا خافت من الاغتسال أن تفسد زينتها، وكذلك من لم يجد للحج طريقًا إلا طريق البحر والغالب عليه عدم السلامة، فلا يجب عليه الحج حينئذ، فهذه المشقة موجبة للتخفيف إجماعًا.

2- مشقة خفيفة: كأدنى وجع في الأصبع، وأدنى صداع في الرأس، فهذه المشقة لا أثر لها في الأحكام عند الجمهور من أهل العلم، لأن تحصيل العبادات أولى من دفع هذه المفسدة التي لا أثر لها، وخالف في هذا الإمام البخاري وابن سيرين، فقد ورد عنهما أنهما كانا يفطران لمجرد صداع الرأس، أو ألم الضرس.

3- مشقة متوسطة بين النوعين السابقين:

فلا هي عظيمة فادحة ولا هي خفيفة، فهنا ما دنا من المشقة بالمشقة العظيمة أوجب التخفيف، وإن كانت قريبة من المشقة الخفيفة فلا توجب التخفيف، وعليه وقع الخلاف بين العلماء في بعض

المشاق كالخوف في رمضان من زيادة المرض، أو تأخر البرء، هل هي من المشقة الفادحة أو من الخفيفة؟، فما تردد في إلحاقه بأيهما يبقى محل خلاف.

استثناءات: استثنى بعض العلماء من المشقة الموجبة للتخفيف المشقة التي يكون وقوعها نادرًا؛ فإنها لا توجب التخفيف كمشقة وجوب الوضوء لكل صلاة على المستحاضة والمصاب بسلس البول؛ فهذه لا تؤثر في الحكم (تخفيفًا)، فيجب على من به ذلك الوضوء، والمالكية قالوا: إذا كان يصيبه أقل من نصف الوقت يتوضأ، أما إذا كان يصيبه أكثر من نصف الوقت، فلا يجب عليه الوضوء، بل يستحب له.

5- أنواع الرخص التي ورد فيها الشرع بالتخفيف على المكلف:

وهي سبعة أنواع:

أ- رخصة إسقاط: كإسقاط الصلاة عن الحائض والنفساء، وكإسقاط الصلاة على عادم الطهورين أداء وقضاء، وإسقاط وجوب الحج للذي لا يستطيعه أو لم يجد طريقًا إليه إلا البحر وخشي عدم السلامة، أو وجد هذا ولكنها غير آمنة، وكالشيخ الهرم الذي لا يستطيع الصوم، ومثله ما به مرض ميؤوس من برئه، فهنا تسقط العبادة كلها.

ب- رخصة تنقيص: أي الإنقاص من قدر العبادة لوجود عذر كإنقاص الصلاة في السفر (القصر)، وفي إقامة الحد على الزاني الغير محصن النحيف ونحوه الذي لا يستطيع تحمل الضرب؛ فيضرب بعثكال فيه مائة شمروخ ضربة واحدة؛ وفيه حديث عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف عن سعيد بن سعد ابن عبادة قال كان بين أبياتنا رجل مخدج ضعيف فلم يرع إلا وهو على أمة من إماء الدار يخبث بها فرفع شأنه سعد بن عبادة إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقال:" اجلدوه ضرب مائة سوط، قالوا: يا نبي الله هو أضعف من ذلك، لو ضربناه مائة سوط مات، قال: فخذوا له عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه ضربة واحدة"، أخرجه ابن ماجة، وفي رواية أبي داود"أنه اشتكى رجل منهم-من الأنصار- حتى أضنى فعاد جلدة على عظم، فدخلت عليه جارية لبعضهم فهش لها فوقع عليها، فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك، وقال، استفتوا لي رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فإني قد وقعت على جارية دخلت

علي، فذكروا ذلك لرسول الله –صلى الله عليه وسلم– وقالوا ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذي هو به لو حملناه إليك لتفسخت عظامه ما هو إلا جلد على عظم، فأمر رسول الله –صلى الله عليه وسلم– أن يأخذوا له مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة".

ج– رخصة إبدال: مثل إبدال الوضوء والغسل بالتيمم عند وجود العذر الشرعي، أو كإبدال الصوم بالإطعام عند عدم القدرة على الصوم.

د– رخصة تقديم:مثل: الجمع بين صلاتي الظهر والعصر،وخاصة في أيام المناسك، وعلى المسافر إذا جدّ به السير، وكذلك تقديم الزكاة على حولها، (المالكية قالوا: شهر فقط) وعند (الأحناف يجوز تقديمها لعامين)، وكذلك زكاة الفطر (بيومين أو ثلاثة).

هـ– رخصة تأخير: كالجمع في الصلاة جمع تأخير بين المغرب والعشاء وتأخير الصيام للمسافر والحائض والنفساء.

و– رخصة اضطرار: كجواز شرب الخمر لإزالة الغصة، وأكل الميتة ولحم الخنزير خوفًا من الموت جوعًا.

ز– رخصة تغيير: ومثالها تغيير نظام الصلاة عند الخوف (صلاة الخوف)، ولها سبعة أحوال.

6– أنواع المشقة التي تجلب التيسير:

في جميع الأحكام (سواء في العبادات أو غيرها) وهي سبعة أنواع:

أ– السفر: وتيسيراته كثيرة، منها قصر الصلاة، والفطر في رمضان، ومنها أيضًا جواز بيع الإنسان مال رفيقه وحفظ ثمنه لورثته بلا ولاية ولا وصاية إذا مات هذا الأخير في السفر، وليس هناك قاض يتولى البيع.

وكذلك الولي الأبعد يجوز له أن يزوج الصغيرة عند عدم انتظار الكفء الخاطب إذا كان الولي الأقرب مسافرًا.

قبول شهادة أهل الذمة في الوصية في السفر (خلافا للمالكية).

جواز إنفاق المضارب على نفسه في السفر من مال المضاربة، أما في الحضر فلا ينفق إلا إذا كان المال كثيرًا، أو شغلته المعاملة عن موارد رزقه وعيشه.

ب- المرض: أن يصلي جالسًا أو يجمع حال مرضه، وكذلك تأخير إقامة الحد على المريض (غير الرجم) إلى أن يبرأ، أما إذا فعل فعلًا يوجب قتله فهذا لا يؤخر؛ لأنه لا فائدة من تأخيره.

وذهب بعض أهل العلم (الشافعية) إلى جمع المائة جلدة في جلدة واحدة للذي لا يرجى برؤه، واستدلوا بحديث أبي أمامة السابق الذكر.

عدم صحة الخلوة مع قيام المرض المانع من الوطء سواء كان في الزوج أو الزوجة (خلافًا للحنابلة.)؛ لأن المعدوم شرعًا كالمعدوم حسًا، فلا يكون لها إلا نصف المهر إذا طلقت.

ج- الإكراه: الإكراه يلتقي في أصل اشتقاقه مع الكراهة في الأصل اللغوي.

معناه: هو حمل الشخص على فعل شيء يكرهه. ولكي يتحقق الإكراه لابد أن يتضمن التهديد بأذى ينال المكره في ماله أو جسمه، أو بأذى شخص آخر يهتم به، وقد يكون الأذى معنوي (أدبي) وهو الذي يكون فيه مهانة للمكره في نظر الناس، كالسب، وعلى الجملة فتحقيق الإكراه لا بد له من أربعة أمور.

1-أن يكون المكره قادرًا على إيقاع ما توعد به، فإن لم يكن قادرًا على ذلك ويعلم المكره ذلك، فالتهديد لغو لا يلتفت إليه.

2- أن يقع في نفس المكره أن المهدد سينفذ ما هدد به، ويقع منه الفعل تحت تأثير الخوف من التهديد.

3- أن يكون الأمر الذي هدد به يؤذي المكره في نفسه أو ماله أو من يهتم به.

4- أن يكون الفعل الذي أكره عليه محرمًا، أو تصرفًا يترتب عليه الالتزام؛ ولهذا عرف بعض الفقهاء الإكراه تعريفًا جامعًا لهذه الشروط الأربعة فقال:

(هو حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه).

1- قسم العلماء الإكراه إلى ثلاثة أقسام:

أ- الإكراه الملجئ: وهو الإكراه الذي يعرض النفس أو عضوًا من الأعضاء للتلف، ويسمى ملجئًا؛ لأنه يعرض المكره إلى تنفيذ ما طلب منه، وهذا كالتهديد بالقتل أو قطع بعض الأعضاء، وكذلك الضرب الذي يؤدي إلى إتلاف بعض أطرافه، وألحق بعض العلماء إتلاف كل ماله، وهذا النوع يسمى إكراهًا تامًا؛ لأنه يجعل المكره كالآلة في يد الفاعل، وكالسيف في يد الضارب.

ب- الإكراه غير الملجئ: وهو الذي يزيل الرضا؛ وهو التهديد بإتلاف بعض المال، والتهديد بضرب لا يتلف الأعضاء، والتهديد بالحبس والتقييد، وألحق (المالكية) الصفع لذي مروءة أمام الملأ؛ وهذا النوع يسمى إكراهًا ناقصًا.

ج- التهديد بأذى ينزل بأحد أصوله، أو فروعه، أو زوجته، أو أحد أقاربه، بما دون إتلاف النفس أو عضو من الأعضاء، كالتهديد بحبس أبويه، أو زوجه، أو أحد أقاربه، ولا يعد من هذا القسم التهديد بإتلاف عضو من أعضاء أبويه، أو القتل أو إتلاف أموال أحدهما كلها فهذا يعد من القسم الأول (الإكراه الملجئ).

وعند المالكية: الإكراه بأجنبي ليس بإكراه على المشهور (من أخ أو عم)، وقد اختلف الفقهاء في هذا القسم أهو معتبر شرعًا، أم لا؟

2- تفصيل أحكام لإكراه:

فالإكراه المعتبر سواء كان تامًا، أو ناقصًا يسقط الأقوال، فلا تعتبر الإقرارات تحت تأثير الإكراه صحيحة، وكذلك العقود فإنها تعتبر فاسدة، وليست صحيحة؛ كأن يقول له: طلق زوجتك أو أقتلك، فإن طلق فإنه غير معتبر؛ لأن الإكراه التام والناقص يعدم الرضا.

أما بالنسبة للأفعال فهنا يفترق الإكراه الملجئ عن الإكراه غير الملجئ؛ فالإكراه غير الملجئ (الناقص) المكره فيه لا تسقطالتبعة عن فعله مطلقًا، فمن أكره بالحبس إن لم يشرب، أو لم يقتل فالتبعة عليه كاملة إن فعل؛ لأنه في وسعه أن لا يفعل، ويتقبل هذا الأذى؛ لأنه أذى محتمل، وإن فعل (شرب الخمر أو قتل) عوقب بالعقوبة الشرعية المناسبة.

أما المالكية فعندهم: أن المعصية التي لا حق فيها للمخلوق كشرب الخمر، أو أكل الميتة، أو السجود لغير الله، فهو إكراه بغير القتل(أي حتى ولو لم يتهدده بالقتل)، أما أن يكره على القتل فلا.

أما الإكراه الملجئ فله تبعات:

وأثر الإكراه الملجئ في الأفعال ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ-أن يحول الإكراه التام الفعل من كونه منهيًا عنه (موضع عقاب دنيوي أو أخروي) إلى جائز لا إثم فيه، وذلك إذا كان موضع الإكراه أمورًا منهيًا عنها، ويسقط النهي عند الضرورة بنص من الشارع أو بالقواعد الكلية من مجموع الأحكام الشرعية؛ ومن ذلك أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر، فمن

أكره على تناول شيء من هذه الأمور لم يلحقه الإثم؛ لأن هذه المواضع أباحها الشرع في الاضطرار، ولا ثواب له إن صبر، بل يكون آثمًا؛ لأن الأكل في موضع الاضطرار يكون واجبًا وليس بمباح.

ب- الإكراه الملجئ في موضع يقبل عند الضرورة تحويله من حرام لا يقبل السقوط، ولكن يرخص في حال الضرورة أن يفعل، كالنطق بالكفر؛ لأنه لا يسقط النهي فيها، لكن في حال الضرورة يجوز له النطق مع بقاء أصل الحكم، بدليل أنه يثاب إن صبر.

ومثل ذلك: الإكراه على سب النبي صلى الله عليه وسلم، أو الإكراه بالاعتداء على مال شخص معصوم المال، كالمسلم والذمي، ومع ترخيص فيه يضمن إن أتلف المال.

والفرق بين الأول والثاني؛ هو:أن الأول يسقط فيه الحكم، أما الثاني فلا، والقسم الثاني فيه الضمان إن كان هناك إتلاف.

ج- أن يكون الإكراه في موضع لا يرخص في انتهاكه بحال، بل المكره يكون آثمًا إذا فعل تحت تأثير الإكراه؛ ومنه الإكراه على ضرب الوالدين أو إذايتهما قولًا أو فعلًا؛ فإن النهي عن إذايتهما نهي خالد أبديًا سرمديا لا ترخص فيه، أو الزنا؛ لأنه لم يرخص في حال من الأحوال.

ومن هذا النوع الإكراه على قتل شخص معصوم الدم؛ فإنه لا يباح بأي حال من الأحوال.

ومثله أيضًا الإكراه على قطع طرف من أطراف شخص معصوم الدم، أو ضرب يؤدي إلى تلف العضو، فإنه لا يسقط الإثم إن فعله المكره، وذلك أن حرمة دم المسلم ثابتة بغير ترخيص،"كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه" الحديث.

- أما المالكية فقالوا:

إن الإكراه على الزنا بامرأة طائعة وخالية (غير متزوجة أو أمة) فلا يجوز إلا بالقتل، أما ذات زوج أو سيد ولو طائعة، ومن باب أولى المكرهة فلا يجوز الإقدام ولو أكره بالقتل.

من أكره على قطع يد رجل فإذن له في ذلك طائعًا لم يسعه أن يفعل، فإن فعل أثم، ولا قصاص ولادية عليه، ولا على من أكرهه.

أما لو أذن له في قتل نفسه وفعل المكره، فهو آثم، ولورثة القتيل القصاص. وليس على من أكرهه إلا التعزيز، وقال ابن عبد الحكم: لا قود لا في النفس ولا في الأطراف، ذكر ذلك ابن فرحون في تبصرته

د- النسيان: هو عبارة عن عدم تذكر الشيء عند الحاجة إليه.

واتفق العلماء على أنه مسقط للعقاب، قال المقري: «لا يفترق العمد من النسيان في باب إسقاط المأمورات، ولا العذر عن الاختيار بلا خلاف، بخلاف تفويت المنهيات فيهما-العمد والنسيان- فيقترفان هذا هو الأصل ».

وقال القرافي:« الأصل: أن الواجب لا يسقط بالنسيان، وأسقطه مالك في خمسة مواضع، النضح، وإزالة النجاسة (إذا شك في إصابة النجاسة لثوب أو حصير ينضح، أما إذا شك في إصابتها لبدنه فإنه يغسل، وإزالة النجاسة إذا نسيها "عن بدنه أو ثوبه" فإنه إذا صلى بها وخرج الوقت فإنه لا يعيد، ويعيد في الوقت استحبابًا)، والمولاة في الوضوء، والترتيب بين المنسيات من الصلوات، والتسمية في الذكاة ».

وزاد بعضهم القبلة، واستثنى مالك هذه المستثنيات؛ وذلك لضعف مدرك الوجوب فيها "أي دليل الوجوب فيها ضعيف" بسبب تعارض المآخذ "الأدلة"، فقوي الإسقاط بعذر النسيان.

ومما يسقط بعذر النسيان: سقوط الكفارة على الآكل والشارب في رمضان ناسيًا،(المالكية عليه القضاء).

واختلف في الواطئ ناسيًا، والمشهور سقوط الكفارة، وكذا سقوط القضاء في التطوعات اللازمة بالشروع إذا قطع منها شيئًا لعذر نسيان أو الغفلة والغلبة.

وقد نظم بعضهم هذه المستثنيات وغيرها فقال:

بخبث سم بفور رتب	كفر وقبل وبعذر أذهب
في طوع حج وصلاة وصيام	طواف قادم وعكوف وائتمام

والمراد بقوله:« وائتمام» إنسان دخل مع جماعة في تطوع، فإن دخوله فيها وشروعه يصيرها لازمة عليه، فإن قطعها لعذر نسيان أو غفلة أو الغلبة، فلا قضاء عليه.

المسائل التي تجب بالشروع:

قف واستمع مسائلا قد حكموا	بكونها بالابتداء تلزم
صلاتنا وصومنا وحجنا	وعمرة لنا كذا اعتكافنا
طوافنا مع ائتمام المقتدي	فيلزم القضاء بقطع عامد

وقال الإمام ابن عرفة:

صلاة وصوم ثم حج وعمره طواف عكوف وائتمام تحتما

وفي غيرها كالطهر والوقف خيِّرنْ فمن شاء فليقطع ومن شاء تمما

والوقف يقصد به الحبس، والطهر: غسل التطوع أو التجديد.

ولبعض الأحناف:

من النوافل سبع تلزم الشارع أخذا لذلك مما قاله الشارع

صوم صلاة عكوف حجه رابع طواف عمرة إحرامه السابع

قال الصاوي:أراد بالإحرام الصلاة مع الجماعة والدخول معهم .

- وضابط المسائل التي تلزم بالشروع:

كل عبادة يتوقف آخرها على أولهاتلزم بالشروع.

هـ- الجهل: ذكر القرافي أن صاحب الشرع قد تسامح في جهالات؛ فقد عفى عن مرتكبها، وأخذ بجهالات فلم يعف عن مرتكبها.

قال القرافي: والضابط فيما يعفى عنه من الجهالات: هو الجهل الذي يتعذر الاحتراز عنه عادة، ومالا يتعذر ولا يشق لم يعف عنه، وهذا الضابط اعتمده "الونشريسي" في كتابه "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك" وذكر الونشريسي أمثلة عن ذلك منها:

أكل الطعام نجسًا يظنه طاهرًا، أو قتل مسلم في صف الكفار يظنه حربيًا.

وقال القرافي: إن الإجماع قد قام على أن المكلف لا يجوز له أن يقدم على فعل حتى يعلم حكم الله فيه، وإذا كان العلم بما يقدم عليه واجبًا لقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ**

اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾؛ كان الجاهل في الصلاة عاصيًا بترك التعلم؛ فهو كالمتعمد يترك التعلم؛ وهذا هو وجه قول مالك:"الجهل في الصلاة كالعمد".

قال التسولي: وقاعدتهم **(الفقهاء)** أن من ادعى الجهل فيما يجهله أبناء جنسه غالبًا، فالقول قوله "يصدق" في جهله "لا تترتب عليه التبعات" والنصوص في ذلك كثيرة.

قال ابن رشد: الأصل في هذا أن كل ما يتعلق به حق الغير لا يعذر الجاهل فيه بجهله، وما لا يتعلق به حق الغير؛ فإن كان مما يسعه ترك تعلمه عذر بجهله، وإن كان مما لا يسعه ترك تعلمه لم يعذر بجهله.

قال التسولي: بعد نقل كلام ابن رشد: "فهذه جملة كافية يرد إليها ما شذ عنها".

وهذه القاعدة قد أشار إليها الزقاق صاحب "المنهج" وصدر بما لابن رشد، والتصدير من علامات التشهير.

وقال المقري: الجهل بالسبب عذر كتمكين المعتقة جاهلة بالعتق نفسها من زوجها العبد، **(**المعتقة تحت العبد لها الخيار، إما أن تبقى معه أو تفارقه**)**، وكذلك إنسان يجعل أن السرقة سبب للقطع لحداثة إسلامه.

وأما الجهل بالحكم؛فقولان كتمكينها نفسها جاهلة بأن لها الخيار – أو أن تمكينها طائعة مسقط لخيارها.

وقال التسولي: « ...فالجهل بالسبب عذر اتفاقًا، والجهل بالحكم غير مؤثر على المشهور، والصحيح الفرق بين ما لا يخفى كجهل الحكم في الزنا والشرب والسرقة، وما قد يخفى كجهل المعتقة أن لها الخيار».

ولهذا قالوا: إنما أسقط مالك الخيار حيث اشتهر الحكم ولم يمكن جهل الأمة به، وأما ما أمكنها جهله فلا.

وقال التسولي: بعد أن ذكر القاعدتين السابقتين،وكلام المقري:«ولو حكمت تلك القاعدة وعمل بمقتضاها، وقلنا بعذر الجاهل في الحكم "دون التفريق مطلقًا" لم يقف عقد على ساق، إذ الناس كلهم أو جلهم عوام جهال إلا الفرد النادر الذي في حكم العدم، فيلزم على ذلك أن من بيع عليه ماله مثلا بحضرته وسكوته، وادعى أنه جاهل بكون السكوت يعد رضاأنه يصدق، ويلزم أيضا أن من جهل لزوم

الطلاق هزلًايصدق،..... وهكذا مما لا ينحصر فيؤدي إلى حل عقود العوام أو جلها مع تعلق حق الغير بها؛ وأي شغب أكثر من فتح هذا الباب، ولهذا قال ابن رشد ما قال».

- أمثلة مما يعذر فيه بالجهل:

1- جهل الشفيع بالبيع، فإنه يعذر بجهله ويأخذ بالشفعة(إذا باع أحد الشريكين لأجنبي، وقال الآخر: إنه لا يعلم بالبيع يصدق مع يمينه ويأخذ بالشفعة، وله سنة من يوم العلم).

2- جهل الوكيل أن عامل القراض بالعزل، فتصرفاتهما صحيحة، ويعذران بالجهل.

3- الجهل بالعيب في السلعة، فإنها ترد به.

4- جهل حديث عهد بالإسلام بالأحكام.

- أمثلة مما لا يعذر فيه بالجهل: (عند المالكية من الإسعاف بالطلب).

1-**البكر**: تستأذن فتصمت «فإذنها صماتها»، ثم تقول ما عملت أن الصمت إذن فلا تعذر بجهلها، وفيها يقول بهرام في منظومته:

فأولها بكر تقول لعاقد   جهلت بأن الصمت كالنطق مقولا

2-**المرأة تزوج؛ وهي حاضرة**: فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها الزوج، ثم تقول لا أرض وتدعي الجهل،بأن الجماع رضا لم تقبل دعواها.

كمن سكتت عند الجماع فجومعت   فقالت أنا لم أرض بالعقد أولا

3- **الغريم**: يعتق بحضرة غرمائه بعض عبيده فيسكتون ولا ينكرون عليه، ثم يدعون الجهل،فإن سكوتهم رضا، ويريدون القيام بنقض العتق، فلا يقبل عذرهم بجهلهم.

4- **البيوع الفاسدة**: حكم الجاهل فيها كالعالم، فالجاهل بكونها فاسدة لا يقبل عذره بجهله.

ويفسخ بيع فاسد مطلقا ولا   يسامح فيه من عن الحق حُوِّلا

5- **المرأة المخيرة**: بين البقاء في العصمة أو الانتقال والخروج عنها: تقضي بطلقة واحدة ثم تريد أن تختار بعد ذلك ثلاثا، وتقول: جهلت وظننت أن لي اختيار واحدة؛ فيبطل خيارها، ولا تعذر بالجهل.

6- **الطبيب**: يقتل بمعالجته وهو جاهل بالطب، يضمن ولا يعذر بجهله.

كذاك طبيب قاتل بعلاجه   بلا علم أو مفت تعدى تجاهلا

7- **المتصدر للفتوى**:بغير علم إذا انجر عن فتواه فساد مال، أو أخذ حق من الحقوق يضمن ولا يعذر بجهله، أما الذي هو أهل للفتوى فلا يضمن إذا أُتلف مال بفتواه.

و- العسر وعموم البلوى: قال خليل: « وعفى عما يعسر كسلس بول...» .

ومن أمثلة عموم البلوى: تجويز المزارعة، وهي كراء أرضبيضاء بنصف ما يخرج منها والحال أن هذا النصف يكون مجهولًا.

والمساقاة: أن يعطيك الأرض بعد بدو نباتها أو بعد أن زرعها تسقيها على أن يعطيك الثلث، مثلًا: فإنه يجهل قدر الثلث.

والسلم:وهو عقد على معدوم.

وكذلك إباحة نظر الطبيب والخاطب إلى الأجنبية وكذلك الشاهد، وكذلك التيسير على المجتهدين بالاكتفاء بغلبة الظن، ولا يطلب اليقين.

ثوب المرضع كونها تجتهد في درء النجاسة (بول الرضيع) إذا وجدت أثر النجاسة، فلا شيء عليها.

بلل البواسر فيه حرج، وكذلك الجزار والكناف، والطبيب إذا اجتهدوا في درء النجاسة، فلهم أن يصلوا في أثوابهم، والأولى لهم أن يعدوا ثوبًا خاصًا للصلاة، وكذلك ذيل المرأة الطويل للستر، فما لصق به من نجاسة فإنه معفو عنه.

ما يتساقط من بيوت المسلمين على المارين ولا تعلم نجاسته، يحمل على الطهارة.

من شك في بعض وضوءه؛ يعرض لها هذا كثيرا، قال مالك: يمضي، ولا شيء عليه، وهو بمنزلة الصلاة.

من كثر عليه السهو في كل صلاة سقط عنه سجود السهو لذلك.

قال المقري في قواعده: القاعدة 64:"الظاهر من مذهب مالك أن المستنكح–هو الذي يشك في كل وضوء وصلاة، أو يطرأ له ذلك في اليوم مرة أو مرتين– يلغي الشك، ويرجع إلى الأصل".

ومن ذلك أنين المريض يغتفر في الصلاة؛ لأنه مغلوب عليه.

لو أنصت المصلي لمخبر يسير أو روح بين رجليه، والتفت غير مستدبر القبلة، فلا شيء عليه.

ومن الأمثلة في باب الصيام:

من دخل في حلقه غبار الطريق أو غبار الدقيق أو غبار القمح أو غبار الجص أو غبار الكتان، فلا شيء عليه.

من ابتلع ذبابة، فلا شيء عليه سواء خرجت أو بقيت.

من كثر عليه الدم إذا كان علة دائمة في فيه، فلا شيء عليه سواء ابتلع منه شيئا أو لم يبتلعه.

من جد في فيه فلقة من طعام؛ وهو صائم ثم ابتلعها غلبة، فلا شيء عليه.

الصائم يدخل حلقه الذباب أو الشيء يكون بين أسنانه؛ فلقة حبة أو نحوه؛ فيبتلعها مع ريقه، لا شيء عليه، ولو كان في الصلاة لا يقطع.

ومن الأمثلة في باب الحج:

ذكر القرافي عن ابن المواز: قال مالك: في الذباب يكثر حتى يطأ عليه، فليطعم، وقال بعد ذلك: لا يطعم؛ لأن عرض نفسه لإتلافه.

قال خليل عاطفا على ما لا يلزم فيه شيء على المحرم:"كأن عمّ الجراد، واجتهد".

ابن الحاجب: "لو عمّ الجراد المسالك سقط الجزاء بالاجتهاد".

الباجي: أما المحرم يطأ ببعيره الجراد؛ لأنه يكثر في الطريق، فلا يمكن التحرز منه، فقد روى ابن المواز عن ابن وهب عن مالك: ليس على الناس في ذلك شيء ما لم يتعمدوا.

المحرم يتوضأ فيمر يديه على وجهه أو يخلل لحيته في الوضوء أو يدخل يده في كلاهما لمخاط ينزعه منه أو يمسح رأسه أو يركب دابته؛ فيحلق ساقه الإكاف أو السرج.

قال مالك: ليس عليه في ذلك كله شيء؛ وهذا خفيف **ولا بد للناس منه.**

قال: إن مسه خلوق الكعبة، فأرجو أن يكون خفيفا، وقال في غير المدونة: ولا شيء عليه؛**إذ لا يكاد يسلم منه إذا** دخل البيت.

ولو حمل–المحرم– على رأسه **ما لا بد له منه** ، كخُرجه وجرابه وغيره ، فلا بأس به.

هذه القاعدة (عموم البلوى) يعبر عنها الأحناف (مالا يستطاع الامتناع، –الاحتراز – عنه يكون عفوًا)، وبعضهم يقول: « المغلوب عليه في حكم العفو» ومن أمثلها: كما قال الأحناف:

البول في يوم ريح فتتطاير عليه قطرات كرؤوس الإبر فتصيبه فيعفى عنه، وقالوا: من حلف أن لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه من ساعته 'النزع بعد اليمين"، فهو حانث بالقياس لوجود جزء من اللبس بعد اليمين، وأما استحسانًا فليس بحانث؛ لأن مالا يستطاع الامتناع عنه فهوعفو.

كذلك قالوا: الصائم إذا ابتلع شيئًا كان بين أسنانه في الصوم أو الصلاة كسمسمة، فلا شيء عليه؛لأنه تبع لريقه، وكذلك الاحتلام في الصوم لا يمكن الاحتراز عنه(فتاوى ابن تيمية).

وكذلك إن دفع المودع عنده الوديعة لبعض أولاده، أو زوجته، أو والديه، فلا يضمن إذا هلكت استحسانًا، ووجه الاستحسان: أن المطلوب منه هو حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ به مال نفسه، والإنسان يحفظ مال نفسه بيد من هم في عياله؛ لأنه لا يجد بُدًا من هذا؛ لأنه إذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه أن يجعل الوديعة معه، وإذا خلفها في داره صارت في يد امرأته حكمًا، وما لا يمكن الامتناع عنه فهو عفو.

كذلك إذا اجتمع في أمر معنى يوجب حله ومعنى يوجب حرمته غلبت الحرمة، كما لو رمى غزالًا وغاب عنه، ثم وجده ميتًا ولم يدر أمات برميته أو مات بسبب آخر (رمية مجوسي..)؛ فإنه لا يأكله ويغلب الحرمة، بخلاف ما لو رمى طيرًا في الهواء فوقع على الأرض فمات، فإنه يؤكل؛ لأنه لا يستطيع الامتناع عنه فهو عفو، وإن كان يمكن أنه مات بسقوطه على الأرض؛ فهذا مما لا يمكن الاحتراز عنه.

ذكر ابن فرحون في (درة الغواص في محاضرة الخواص): إذا جلس الرجل في الصلاة على ثوب رجل فقام صاحب الثوب فانقطع الثوب، فلا ضمان على الجالس؛ فهذا مما لا يجد الناس عنه بُدا صلاتهم ومجالسهم.

وقال خليل عاطفا على عدم الضمان في باب الغصب:"أو جلس على ثوب غيره في صلاة".

وقال أصبغ: وعدم تضمينه أن الجالس لم يحصل منه إلا السبب، والقطع إنما وقع من صاحب الثوب، والمباشر أقوى من السبب.

ومن المسائل الداخلة في قاعدة: "ما لا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو":

الإذن في ذكر النكاح بالتعريض في العدة، قال ابن العربي في أحكام القرآن:"حرم الله تعالي النكاح في العدة، وأوجب التربص علي الزوجة، وقد علم سبحانه أن الخلق لا يستطيعون الصبر عن ذكر النكاح والتكلم فيه؛ فأذن في التصريح بذلك مع جميع الخلق، وأذن في ذكر ذلك بالتعريض مع العاقد له وهو المراه أو الولي وهو في المرأه آكد".

ومما يدخل تحت هذه القاعدة ما ساقه النووي في أذكاره:"فأما الخواطر ،وحديث النفس ، إذا لم يستقر ويستمر عليه صاحبه فمعفو عنه باتفاق العلماء ، لأنه لا اختيار له في وقوعه ، ولا طريق له إلى الانفكاك عنه؛ وهذا هو المراد بما ثبت في الصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :"إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل".

قال العلماء : المراد به الخواطر التي لا تستقر.

قالوا : وسواء كان ذلك الخاطر غيبة أو كفرا أو غيره ، فمن خطر له الكفر مجرد خطران من غير تعمد لتحصيله ، ثم صرفه في الحال ، فليس بكافر ، ولا شئ عليه.

وفي الحديث الصحيح أنهم قالوا :" يا رسول الله يجد أحدنا ما يتعاظم أن يتكلم به، قال : ذلك صريح الإيمان".

وسبب العفو ما ذكرناه من تعذر اجتنابه، وإنما الممكن اجتناب الاستمرار عليه؛ فلهذا كان الاستمرار وعقد القلب حراما، ومهما عرض لك هذا الخاطر بالغيبة وغيرها من المعاصي، وجب عليك دفعه بالإعراض عنه.

أما قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح:"إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث"؛ فالمراد بذلك عقد القلب، وحكمه على غيرك بالسوء؛ إي تحقيق الظن وتصديقه؛ بأن تركن إليه النفس، ويميل إليه القلب.

وقد جاء في الحديث:"ثلاث لا يسلم منهن أحد: الطيرة والظن والحسد، قيل: فما المخرج منهن يا رسول الله, قال: إذا تطيرت فلا ترجع، وإذا ظننت فلا تحقق، وإذا حسدت فلا تبغ" أخرجه عبد الرزرق مرفوعا، قال الحافظ في الفتح:"وهذا مرسل أو معضل، ولكن له شاهد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه البيهقي في الشعب".

و نقل ابن أبي جمرة(699هـ) في شرحه لمختصره لصحيح البخاري عن أهل الخواطر قولهم:"فأما الخواطر عندهم فهي ستة: فأولها الهمة، اللمة، ثم الخطرة، وهذه الثلاثة عندهم غير مأخوذ بها، ثم نية، ثم إرادة، ثم عزيمة، وهذه الثلاثة عندهم مأخوذ بها، وبعضها أشد من بعض".

وفي التعريفات الفقهية للمجددي: الخاطر: ما يرد على القلب من الخطاب الوارد الذي لا تعمدللعبد فيه، وقالوا: الخاطر اسم لما يخطر ببالك، ولا يكون له استقرار في الباطن؛ فإن استقرّ فهو الهاجس، وإن استقر ولم يخرج، ولكن لم يترجح أحد جانبي الفعل أو الترك؛ فهو حديث النفس، فإن ترجح وترددت فيه النفس، فهو همٌّ، وإن أجمعتَ عليه؛ فهو عزم.

ثم إن الثلاثة الأول عفو في طرفي الطاعة والمعصية.

أما الهمّ؛ فهو عفو في جانب المعصية ومعتبر في جهة الطاعة، والعزم معتبر في الجهتين

فهذه الخامسة من مراتب القصد ضبطها بعضهم في هذين البيتين:

مراتب القصد خمس هاجس ذكروا * فخاطر فحديث النفس فاستمعا

يليه هم فعزم كلها رفعت * سوى الأخير ففيه الأخذ قد وقعا

ومن عجيب ما أدخله ابن القيم في كتابه(الجواب الكافي) في قاعدة: ما لا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو، قال:"والقسم الثالث من العشق: العشق المباح؛وهو الواقع من غير قصد، كعشق من صورت له امرأة جميلة أو رآها فجأة من غير قصد، فتعلق قلبه بها، ولم يحدث له ذلك العشق معصية، فهذا **لا يملك ولا يعاقب عليه**، والأنفع له مدافعته والاشتغال بما هو أنفع له منه ويجبالكتم والعفةوالصبر فيه على البلوى، فيثيبه الله على ذلك، ويعوضه على صبرلله وعفته، وتركه طاعته هواه،وإيثار مرضاة الله وما عنده".

ومن الشواهد لهذه القاعدة؛ قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح:"إياكم والجلوس على الطرقات، فقالوا: ما لنا بُدّ؛ إنما هي مجالسنا نتحدث فيها، قال: فإذا أبيتم إلا المجالس، فأعطوا الطريق حقها، قالوا: وما حق الطريق، قال: غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، وأمر بالمعروف، ونهي عن المنكر"، فلما ذكروا له صلى الله عليه وسلم أنهم لا غنى لهم عن ذلك الجلوس، وأن الضرورة قد ألجئنا إلى ذلك، فلا مندوحة لنا عنه؛ فهو في حيز ما لا يستطاع الامتناع عنه، فرخص لهم في ذلك.

ويعضدها أن ميل القلب والمحبة إلى أحد الزوجات معفو عنه؛ وقد كان رسول الله –صلى الله عليه وسلم– يقسم؛ فيعدل، ويقول « اللهم هذا قَسْمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك »؛ يعنى القلب، أخرجه أبو داود والترمذي، والحاكم وصححه، وأقره الذهبي.

ويقويها أيضا قوله صلى الله عليه وسلملعليٍّ: "يا عليُّ، لا تُتْبِعِ النظرةَ النظرةَ، فإن لك الأولى، وليست لك الآخرة"، أخرجه أبو داود والترمذي، وهو بمجموع طرقه حسن.

وإنما كانت النظرة الأولى له؛ لأنها لا يملكها، ولا اختيار له فيها، بل هي غير داخلة في خطاب التكليف؛ وبالتالي كانت في حكم العفو.

ز– النقص: وفيه نوع من المشقة، فنتج عنه التخفيف؛ وذلك كالصغر والجنون والأنوثة والرق "النقص في التكليف".

فالأولان يوجبان التخفيف عن الصغير والمجنون، لعدم تكليفهما أصلًا، فيخفف عنهما خطاب الوضع؛ فعمدهما خطأ؛ ولذلكمن أتلف منهما مالًا يضمن إن كان له مال، فإن كان المتلف في الجروح والجنايات الثلث فأكثر فتحمله العاقلة، وإن كان دون الثلث فيحمله الجاني.

وأما التخفيف بسبب الأنوثة فمنه: عدم تكليف النساء بكثير مما كلف به الرجال كالجهاد، والجمعة، وتحمل العقل(الدية)، والجماعة والجزية، وإباحة الحرير والذهب والفضة.

وأما التخفيف بسبب الرق: فمعلوم عدم تكليف العبد بالجهاد والجماعة مثلًا، وبالجملة فأحكام الرقيق على النصف من أحكام الحر.

ط– هل غلبة النوم تعد مشقة تجلب التيسير؟:

"أناس أصبح النوم فيهم ملكة وطبع"، ويشهد على ذلك ما رواه أبو داود بإسناد صحيح من حديث أبي سعيد قال:" جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ونحن عنده فقالت: يارسول الله إن زوجي صفوان بن معطل يضربني إذا صليت، ويفطرني إذا صمت، ولا يصلي الفجر حتى تطلع

الشمس. قال: وصفوان عنده، قال: فسأله عما قالت، فقال: يارسول الله، أما قولها يضربني إذا صليت، فإنها تقرأ بسورتين وقد نهيتها–أيبسورتينطويلتين في ركعة أو ركعتين، وقد نهيتها؛ أي عن تطويل القراءة أو إطالة الصلاة؛فهي تتشاغل عنه بالصلاة، وهو يريدها للاستمتاع بها– ، قال: فقال «لو كانت سورة واحدة لكفت الناس–أيهي الفاتحة لكفت الناس؛ أي لأجزأتهم كافتهم جمعيا»، أما قولها يفطرني، فإنها تنطلق فتصوم وأنا رجل شاب فلا أصبر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تصوم امرأة إلا بإذن زوجها»، وأما قولها إني لا أصلي حتى تطلع الشمس؛ فإنا أهل بيت قد عرف لنا ذلك لا نكاد نستيقظ حتى تطلع الشمس، قال« فإذا استيقظت فصل»"

وفي معالم السنن للخطابي:"قوله:"فإذا استيقظت فصل" ثم تركه التعنيف له في ذَلِكَ أَمْرٌ عَجِيبٌ مِنْ لُطْفِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ بِعِبَادِهِ وَمِنْ لُطْفِ نَبِيِّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَرِفْقِهِ بِأُمَّتِهِ؛ وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنْهُ عَلَى مَعْنَى مَلَكَةِ الطَّبْعِ وَاسْتِيلَاءِ الْعَادَةِ فَصَارَ كَالشَّيْءِ الْمَعْجُوزِ عَنْهُ، وَكَانَ صَاحِبُهُ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ يُغْمَى عَلَيْهِ فَعُذِرَ فِيهِ وَلَمْ يُؤنبْ عَلَيْهِ".

القواعد الفرعية المندرجة تحت القاعدة الكلية الكبرى(المشقة تجلب التيسير):

1– إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق:

وعبر عنها الغزالي في "الإحياء":« كل ما تجاوز حده، انقلب إلى ضده».

قال الزركشي:"إذا ضاق الأمر اتسع.

هذه من عبارات الإمام الشافعي رضي الله عنه الرشيقة، وقد أجاب بها في ثلاثة مواضع:

أحدها: فيما إذا فقدت المرأة وليها في سفر؛ فولت أمرها رجلا يجوز. قال يونس: فقلت له كيف هذا؟، قال: إذا ضاق الأمر اتسع.

الثاني: في أواني الخزف المعمولة بالسرجين–الزبل–/ أيجوز الوضوء منها؟ فقال: إذا ضاق الأمر اتسع.

الثالث: حكى بعض شراح المختصر: أن الشافعي رحمه الله سئل عن الذباب يجلس على غائط ثم يقع على الثوب، فقال: إن كان في طيرانه ما يجف فيه رجلاه، وإلا فالشيء إذا ضاق اتسع".

أ-معناها: واضح، إذا وجد المكلف نفسه في حرج ومشقة وضيق، فإن أبوب المباح تصبح في متناول يده يندفع عنه الحرج، فإذا اندفع الحرج ضاق المباح.

ب- وجه اندراجها: الأمر إذا ضاق بحيث يتعذر على المكلف أداؤه فيتسع، وإذا اتسع ضاق فتكثر الشروط والموانع.

ج- أمثلتها:

1- قليل العمل في الصلاة: لما كان يشق اجتنابه سمح به (كحل الشعر الخفيف)، أما كثيره لما لم يكن به حاجة، لم يسامح به.

وعند المالكية الرعاف إذا كان قليلًا فله أن يمسحه إذا كان يعلم أنه ينقطع، أما إذا علم أنه لا ينقطع، فيجوز له أن يذهب إلى غسله، ولا يقطع صلاته؛ وذلك بشروط؛ وهي:

1- أن يذهب إلى أقرب مكان، وأن يكون قريبًا في نفسه.
2- أن لا يطأ على نجاسة.
3- أن لا يستدير القبلة إلا لعذر.
4- أن لا يتكلم إلا لعذر.

فهنا يجوز له البناء ولا يقطع صلاته.

5- قليل الدم وكثيره: فالقليل يعفى عنه، واستدلوا بحديث الصحابة كانوا يصلون بجراحاتهم، والصحابي الذي يحرس ويصلي فضرب بسهم وسال منه دم. والسيوف التي كانوا يصلون بها لا تخلو من الدماء، والكثير مثل القليل في مذهب البعض.

أما المالكية: فقيدوا ذلكبقولهم: ما كان في قدر الدرهم البغليّ، وما دونه عفي عنه، وما فوق لم يعفى عنه.

والدرهم البغليّ: هو الدائرة السوداء الكائنة في باطن ذراع البغل؛ ويقصد بها المساحة دون الوزن أو الكمية.

وأصل العفو عن الدرهم مأخوذ من العفو عن حلقة الدبر؛ وإنما عدلوا عن التعبير بها لقُبح اللفظ.

وفي شرح العمد لأبي الحسين البصري:"لأنه قد ثبت أن قدر النجاسة التي تختص بموضع الاستنجاء معفو عنه لأجل التخفيف لا لأجل الضرورة والمشقة".

6- جواز دفع السارق والباغيوالصائل: ما أمكن دفع شره، ولو بالقتل، أما إذاأمكن دفعه بالقليل، فلا يجوز دفعه بالكثير.

7- وجوب إنظار المعسر إلى الميسرة: « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة».

8- جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل عند فقد العدالة أو ندرتها، وقد قيل: لكل قوم عدولهم.

9- عدم جواز الخروج على الإمام الجائر إذا كان متغلبًا، وفي الخروج عليه مفسدة.

2- الضرورات تبيح المحظورات:

وهي في معنى القاعدة الفرعية السابقة، أي أن الإنسان إذا اضطرته الضرورة وخاف على نفسه الهلاك، فإنه يباح له ما حرم عليه، إلا أن هذه القاعدة تقيد بكون الضرورة تقدر بقدرها؛ وهو أن ما تدعوا إليه الضرورات من المحظورات إنما يرخص منه ما تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اندفعت الضرورة عاد المحظور إلى أصله من الحرمة، فإذا اضطرالإنسان لارتكاب المحظور، فليس له أن يتوسع في المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة.

قال المقرى: "من الأقوال الجمهورية: أن الضرورات تبيح المحظورات".

- الأمثلة:

1- في عيوب النكاح: إذا ادعى الرجل على زوجته، أن بها عيبًا يوجب رد النكاح، كأن يدعي أن بها برصًا في مكان في جسدها، فرفعها إلى القاضي فإذا عيّن موضع البرص، قالوا:يبقر المكان " في الثوب" الذي عينه؛ لأن الضرورة دعت إليه، والضرورة تقدر بقدرها.

أما إذا ادعى داء الفرج، هل ينظرها النساء، أو لا؟ فمن قائل بعدم النظر وتصدق في قولها، والمتأخرون قالوا بالجواز ومشوا على قول سحنون، واختلفوا في غير داء الفرج أيضًا هل ينظرها النساء أو الرجال.

2- إذا اضطر إلى أكل مال غيره، فإنه يأكل منه بالقدر الذي يدفع الضرر بلا إثم مع الضمان، واختلفوا إذا وجد مال غيره ووجد ميتة، فقالوا:إذا خاف على نفسه القطع أكل الميتة، أما إذا لم يخف القطع وعرف أن أهل المال كرام، فإنه يأكل من المال.

والمالكية قالوا في الميتة: أنه يأكل ويتزود.

وقال الونشريسي في (الإيضاح): ومن ثَم-أي بناء على القاعدة- جاز للمضطر أكل الميتة وشرب الخمر للغصة، وأكل مال الغير.

واختلفوا في بيع النجاسات للضرورة، ثالثها المشهور يجوز ما اختلف في نجاسته لا ما أجمع عليه.

3- من أكره على يمين كاذبة: فقالوا: هنا يباح له الإقدام على التلفظ بها، لكن مع وجوب التورية والتعريض إن حضرت بباله؛ فإن في المعاريض لمندوحة عن الكذب.

4- السفاتج: جمع سفتجة؛ وهي الكتاب، ومعناها المقرض يقرضك مالًا، ويشترط عليك أن ترجع له المال في غير مكان القرض حتى يستفيد منالنقل والضمان إذا كان المكان مخيفًا.

قال التسولي: وهي ممنوعة على المشهور، إلا أن يعم الخوف.

وذكرأن ابن عبد الحكم: أجازها مطلقًا – للضرورة ولغير الضرورة، ثم قال: وجاء عن مالك الكراهة،ثم قال: فلا يشوش على الناس بالمشهور إذا لهم مستند في جواز ذلك، ولا ينكر على الإنسان في فعل مختلف فيه.

وقال الدردير: فإن غلب الخوف سائر الطرق فلا حرمة؛ بل يندب للأمن على النفس أو المال، بل قد يجب.

واختلفوا في إباحة الربا للضرورة؛ فربا الفضل يجوز عند الحاجة؛ لأن تحريمه تحريم وسائل، وحرم سدا للذريعة، وما حرم سدا للذريعة يجوز عند المصلحة الراجحة.

أما ربا النسيئة فتحريم تحريم مقاصد؛فلا يجوز إلا للضرورة.

وروي عن مالك في مسألة (التبر) الذهب غير المسكوك؛ فرجل عنده تبر وليس عنده مسكوك، فقال: إذا احتاج الدراهم – ليس اضطرارًا – كأن خاف أن تفوته الرفقة.

فقال مالك: يعطيه التبر ويأخذ منه دنانير بنفس وزن التبر، ويعطيه أجر الصنعنة وهو ربا؛ لأن الأجرة تعد زيادة.

قال خليل مستثنيا من الحرمة: "بخلاف تبر يعطيه المسافر وأجرته دار الضرب ليأخذ زنته.

وقال ابن رشد: والأظهر خلافه، أي عدم الجواز.

والجواز ذكره ابن المواز – صاحب الموازية – عن مالك للضرورة مناجزة.

أما ابن رشد وابن عبد البر: فأنكروا هذه الرواية وقال ابن عبد البر: هي عين الربا "التمهيد ج246/2) وقال ابن رشد: إن ذلك لا يجوز إلا مع الخوف على النفس المبيح لأكل الميتة.

ورد ابن عبد البر رواية ابن المواز بما رواه مالك في الموطأ: أن صائغًا سأل ابن عمر في المسجد: أني أصوغ الصياغة وآخذ أجرة يدي، فقال له: لا يجوز، فأنكر عليه وهويسأله مرارًا حتى انتهى إلى الباب وقال له: الدينار بالدينار، هذا عهد نبينا إلينا وهذا عهدنا إليكم.

وانتصر لهذه المسألة في الجواز ابن العربي في (القبس)، وابن القيم في(إعلام الموقعين).

ومما لا خلاف فيه أن فيها ربا فضل، وكلا الفريقين – المانعين والمجيزين – أدلة استدلوا بها.

فالمانعون استدلوا بمايلي:

أولا: أنه لا يخلو:إما أن يكون بيعًا أو إجارة.

فإن كان بيعًا، ففيه التفاضل في الذهب، وإن كان إجارة فهو إجارة وسلف، وذلك غير جائز في الوجهين.

ثانيًا– العمل بسد الذرائع.

أما المجيزون فاستدلوا:

أولًا: أن الذي أوجب جواز ذلك لو قال له: أضرب لي هذه وقاطعه على ذلك بأجرة، فلما ضربها قبضها وأعطاه أجرته، فالذي جعل مالك أولًا هو الذي يكون آخرًا، ومالك إنما نظر إلى المآل فركب عليه حكم الحال.

ثانيًا– إن ربا الفضل إنما حرم سدًا للذريعة، والقاعدة تنص على أن: ما حرم سدًا للذريعة يجوز للمصلحة الراجحة، والحاجة هنا الواضحة، لاسيما وأن الضرورة بالناس قائمة إلى الاحتياج إلى الدراهم وتعذر الصرف، إلا في ذلك الموضع، مع حاجة الناس إلى الاستعجال وانتظار المسافر المرور مع أصحابه والخوف على نفسه بالانفراد إن غاب ألا يعطاه، ويمطل،والضرورة العامة تبيح المحظور.

ثالثًا– القياس على رخصة العرايا.

3- ما جاز لعذر يبطل بزواله.

هذه القاعدة تقييد لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" ومعناها: أن إباحة المحظور للضرورة مقيدة بمدة قيام الضرورة، فإذا زالت زال الحل، وعاد الحظر.

- **تطبيقات:**

1- الإقلاع عن أكل الميتة والخنزير وما أشبهها من المحرمات عند وجود الحلال.

2- لو وقع هدم أو حريق بدار المودع عنده فدفع الوديعة إلى أجنبي، فإنه لا يضمن إذا ضاعت، فلو فرغ من ذلك الحريق وذهب العذر ولم يستردها وتلفت فعليه الضمان؛ إذ يجب عليه الاسترداد حينئذ لزوال العذر.

4- الاضطرار لا يبطل حق الغير:

إذا اضطر الإنسان لفعل أمر يتعلق بحق غيره، فإنه يجوز له، ولكن لا يبطل حق غيره، فإنه في حالة أكله من مال غيره في حالة خوفه الهلاك فإنه يجوز، ولكنه يضمن ما أكل، وكذلك في حالة دفع الصائل ولو بالقتل، فإنه إذا قتله يضمن ديته (المالكية).

- **تطبيقات:**

1- لو انتهت مدة استئجار الظئر: (الظئر المرأة تستأجر للإرضاع)، وقد صار الرضيع لا يقبل ثدي غيرها، ولم يستغني بالطعام عن الحليب، فإنها تجبر على إرضاعه، وتأخذ أجرة المثل.

2- كذلك في انتهاء مدة الإجارة والعارية، فاضطرالمستأجر والمستعير لإبقائه فوق مدة الإجارة أو العارية، فلا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة.

5- الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة:

الضرورة: هي الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه للمحافظة على الكليات الخمس.

الحاجة: هي الحالة التي تستدعي تيسيرًا، أو تسهيلًا لأجل الحصول على المقصود، فهي دون الضرورة من هذه، وإن كان الحكم الثابت لأجلها مستمرًا، والثابت بالضرورة مؤقتًا.

والظاهر أن ما يجوز للحاجة إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل به الصحابة، أو التابعون مع عدم النكير، أو لم يرد فيه شيء منهما، ولكن لم يرد فيه نص بمنعه بخصوصه، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد في نظيره واردًا فيه، ففي هذه الحالة يجوز سواء كانت عامة أو خاصة، بخلاف الأمر الثابت بعرف؛فأنه يجوز فيما يسري فيه ذلك العرف، لا في ما لا يسري فيه.

- تطبيقات:

1- تجويز الإجارة: وهي إنما جوزت بالنص على خلاف القياس، وذلك للحاجة إليها؛ وذلك لأن عقد الإجارة يرد على المنافع، وهي معدومة وتمليك المعدوم قبل وجوده مستحيل؛ لأن المستأجر يستفيد المنفعة بالزمن.

2- تجويز السلم: فإنه جوز بالنص على خلاف القياس؛ لأنه بيع معدوم.

3- تجويز استئجار الظئر للإرضاع على القول بأن العقد يرد على اللبن، والخدمة تثبت تبعًا، فإنه جوز للحاجة بالتعاملعند الصحابة والتابعين، قال تعالى:﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾، وإلا فالقياس يأباها من حيث أن اللبن غير معلوم القدر؛ أولأنه استهلاك أعيان، والإجارة إذا وردت على قصد استهلاك الأعيان لا تجوز، ولا تسمى إجارة، بل تسمى بيعًا.

4- تجويز دخول الحمام بأجرة: فمقتضى القياس عدم جوازه؛ لأنه وارد على استهلاك الأعيان (المياه الجارية)، ومع ذلك فإن ما يستوفيه من أجر يقابل مياه مجهولة القدر، لكنه جوز لحاجة الناس في التعامل.

وله نظير في الشرع يمكن إلحاقه به وهو استئجار الظئر بطعامها وشرباها (يؤكلها ويشربها)، وهو –أي الحمام– من سوابق الشريعة من صدر الإسلام بلا نكير من أحد من العلماء.

5- ماذا لو عم الحرام الأرض أو ناحية منها يعسرالانتقال منها، وانسدت المكاسب الطيبة، فهل يكتفي بالضرورة أم ينزل إلى الحاجة: قال العلماء: ينزل إلى درجة الحاجة في القوت والملبس والمسكن.

6- كل من لا يقدر بنفسه، فوسع غيره لا يكون وسعًا له؛ كالمريض إذا عجز عن استقبال القبلة وهناك من يحوله، فإنه لا يجب عليه أن يستقبل القبلة بمساعدة غيره، لكن يجوزأن يتحول بواسطته، كذلك الأعمى إذا لم يقدر على السعي إلى الجمعة وله من يوصله، فوسع من يوصله لا يكون وسعًا له، وبالتالي لا يلزمه الذهاب.

مسألة: ذكرها الحطاب ونقلها في المدخل "إنسان لا يستطيع إزالة النجاسة عن نفسه لسمنه، فلا يجب عليه أن يوكل غيره، ولو كان ذلك الغير مما يباح له النظر إلى عورته، فيسقط عنه إزالة النجاسة.

وكذلك الدلك باليد في الغسل يسقط مع عدم القدرة،ولا يباح بالخرقة ولا بالاستنابة، ورجحه ابن رشد.

قال الحطاب: لا يلزم الرجل أن يدلك لزوجته من جسدها ما لا تستطيع الوصول إليه، وكذلك هي، وإنما يستحب، وكذلك في غسل النجاسة

فإن لم تفعل تعين عليه أن يشتري جارية إن قدر، فإن لم يقدر صلى بالنجاسة ولا يمكن أحدًا.

أما الأقطع، فقالوا:إن وجد من يوضئه لزمه ذلك ولو بالأجرة، كما يلزمه شراء الماء للوضوء، فإن لم يجد من يوضئه وقدرعلى لمس الماء، وجب عليه ذلك، فيأتي بما يستطيعه ويسقط عنه ما عجز عنه.

الكلية الرابعة: لا ضرر ولا ضرار

هذه القاعدة هي لفظ الحديث الذي رواه أبو سعيد الخدري (سعد بن سنان الخدري رضي الله عنه) عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:﴿لا ضرر ولا ضرار﴾؛ وهو حديث حسن أخرجه الحاكم والبيهقي والدارقطني. ورواه ابن ماجة من حديث عبادة بن الصامت وابن عباس رضي الله عنهم، ورواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمرو بن يحيالمازني عن أبيه عن الرسول صلى الله عليه وسلم، وأسقط أبا سعيد، وللحديث طرق أخرى يقوي بعضها بعضًا، قاله النووي.

وقال ابن رجب الحنبلي:وقد استدل الإمام أحمد بهذا الحديث، وأكد أنه صالح للاستدلال.

قال ابن الصلاح: هذا الحديث أسنده الدراقطني من وجوه، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به.

وقال ابن رجب: وقول أبي داود أنه من الأحاديث التي يدور عليها الفقه يشعر بأنه غير ضعيف.

قال الشاطبي:"كل دليل شرعي؛ إما أن يكون قطعيًّا أو ظنيًّا، فإن كان قطعيًّا؛ فلا إشكال في اعتباره؛ .... وإن كان ظنيًّا؛ فإما أن يرجع إلى أصل قطعي أو لا، فإن رجع إلى قطعي؛ فهو معتبر أيضا، وإن لم يرجع؛ وجب التثبت فيه، ولم يصح إطلاق القول بقبوله، ولكنه قسمان: قسم يضاد أصلا قطعيا، وقسم لا يضاده ولا يوافقه؛ فالجميع أربع أقسام.

فأما الأول:فلا يفتقر إلى بيان.

وأما الثاني:وهو الظني الراجع إلى أصل قطعي؛ فإعماله أيضا ظاهر، وعليه عامة إعمال أخبار الآحاد،..... ومنه أيضا قوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار" ؛ فإنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كليات؛ كقوله تعالى: {وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا}{وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ} {لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا}، ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغصب والظلم، وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال؛ فهو معنى في غاية العموم في الشريعة لا مراء فيه ولا شك".

وهذا الحديث جعله نجم الدين الطوفي الحنبلي (ت 716 هـ) عند شرحه للأربعين النووية،وأسهب في شرحه، وبحثه أصوليًا حجةًلرأيه الذي شذ به عن الجمهور في تقديم المصلحة على النص والإجماع.

– لغة الحديث:

1– الضرر بكسر الضاد:من ضره وضاره، وهو خلاف النفع،وإذا ذهبنا على هذا المعنى، يكون الثاني على هذا تأكيدا للأول، لكن المشهور بين العلماء أن بينهما فرق، لماذا؟

لأن حمل اللفظ على التأسيس أولى من حمله على التأكيد، واختلف في الفرق بينهما على أقوال (الضرر والضرار) أحسنها: أن معنى الأول (الضرر) أي إلحاق المفسدة بالغير مطلقًا، وأن معنى الثاني (الضرر) إلحاق المفسدة بالغير على وجه المقابلة له؛فإذا ضرك غيرك فلا تضره مقابلة على ضرره؛ وهو في معنى الحديث« ائتمن من ائتمنك ولا تخن من خانك»، فالضرار فيهمعنى المفاعلة لكل من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق.

وهذا أليق بلفظ الضرار؛ إذ الفعال مصدر قياسي لفاعل الذي يدل على المشاركة والمقابلة.

فالمعنى الإجمالي: لا يجوز إيقاع الضرر ابتداءً؛لأن "لا ضرر ولا ضرار" على تقدير محذوف وهو إلحاق؛ أي لا يجوز إلحاق الضرر ابتداء، لا على نفسه وماله وعرضه، ولا على غيره في ماله ونفسه وعرضه، ولا بالقول ولا بالفعل، كما أنه لا يجوز له إيقاع الضرر جزاء للضرر الذي حل به، بل يجب عليه إزالة الضرر بالطرق المشروعة برجوعه إلى الحاكم.

– قواعد الضرر:

الأول: النهي عن إيقاعه؛ وهي هذه:« لا ضرر ولا ضرار».

الثانية: وجوب إزالته إذا وقع؛ ويعبر عنها بـ:« الضرر يزال».

الثالثة: إن إزالته إذا لم تمكن تمامًا، فبقدر ما يمكن، ويعبر عنها بـ:« الضرر يدفع بقدرالإمكان».

وهذه القواعد الثلاث فيها ترتيب:

فالأولى: تمنع إيقاع الضرر أصلًا، لاابتداءً، ولا على وجه المقابلة.

والثانية: إذا وقع يجب إزالته.

والثالثة: إن لم تقدرعلى إزالته كلية فبقدرالإمكان، وما عداهنمما يذكر بشأن الضرر؛ كقاعدة:«الضرر لا يزال بمثله»، «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»،«إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررًا بارتكاب أخفهما»،و«درء المفاسد أولى من جلب المصالح» ؛فهذه ليست أصولًا للضرر؛ بل هي ما بينمقيد للقواعد الثلاثة أو تميم لها:

– القاعدة الأولى: « لا ضرر ولا ضرار».

يتفرع عن هذه القاعدة كثيرمن أبواب الفقه مما كانت مشروعيته توقيًا من وقوع الضرر، لكنها مقيدة إجماعًا بغير ما أذن به المشرع من الضرر: كالقصاص، والحدود، وسائر العقوبات والتعازير، لأن درء المفاسد أولى من جنب المصالح،وعلى أن هذه الحدود لم تشرع في الحقيقة إلا إزالةًللضرر.

– أمثلة:

1– الخلفاء الراشدون وغيرهم، جوزوا اتخاذ السجون ثم جعلها على صورة مضجرة لا يمكن المسجون فيها التأقلم، فإن من أهل الفساد من إذا علم أن مثل هذا السجن واقف له بالمرصاد يرتدع.

2- خيار الرؤية، وخيار الشرط، فالأول شرع لدفع الضررعن المشتري بدخول ما لا يلائم في ملكه، أما الثاني فشرع للحاجة إلى التروي؛ لئلا يقع في ضرر الغبن.

وكذلك مما شرع لدفع الضرر: الحجر على السفيه، والذي لا يعرف التصرف في شئونه توقيًا لوقوع الضرر على المحجور، وعلى غيره.

كذلك الشفعة، (وعلى القول بشفعة الجار على رأي الأحناف) - شرعت توقيًا لضرر الشركة، ودفعًا لجار السوء، وقيل: هناك علة أخرى أنها شرعت للضرر اللاحق بالقسمة.

أنواع الضرر([1]):

قد يتجلى قصد الضرر في نوعين من التصرفات:

الأول: تصرفات ليس للمكلف فيها سوى إلحاق الضرر بغيره أو بنفسه، وهذا لا ريب في قبحه وتحريمه.

الثاني: تصرفات يكون للمكلف منها غرض صحيح مشروع، ولكن يوافق غرضه أو يترتب عليه إلحاق ضرر بغيره.

النوع الأول: فقد ورد النهي عن كثير من التصرفات التي لا يقصد منها غالبًا إلا إلحاق الضرر، منها:

1- **المضارة في البيع:** وتتناول صورًا عدة منها :

- بيع المضطر: وهو أن يكون الرجل محتاجًا لسلعة ما، ولا يجد ثمنها فيأخذها من بائعها بزيادة فاحشة عن ثمنها المعتاد؛ وقد ورد النهي عن ذلك لما أخرجه أبو داود والإمام أحمد من حديث علي: أنه خطب في الناس، فقال:« سيأتي على الناس زمن غضوض (فيه تعسف وظلم)- يعض الموسر على ما في يده، ولم يؤمر بذلك، قال تعالى: ﴿ ولا تنسوا الفضل بينكم﴾، ويبايع المضطرون، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر، وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تدرك»، وفي رواية، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"إن كان عندك خير فعد به على أخيك وإلا فلا تزيدنه هلاكًا إلى هلاكه﴾؛ أي المناسب هنا أن يعطيه حاجته تبرعًا، ولا يزده عسرًا إلى عسره.

([1])- اعتمدت كثيرا في هذا على شرح الأربعين النووية لمصطفى البغا، ومحي الدين مستو، وإن كنت قد أدخلت بعض تفريعات المالكية وغير ذلك.

وقال بعض العلماء: بيع الضرورة ربا، وكرهه الإمام أحمد.

-الغبن الفاحش: فإذا تم الشراء بغبن كثير لم يجز ذلك البيع، وله خيار الفسخ، وله شروط: قال ابن عاصم:

ومن بغبن في مبيع قام فشرطه أن لا يجوز العاما

وأن يكون جاهلا بما صنع والغبن بالثلث ما زاد وقع

وعند ذا يفسخ بالأحكام وليس للعارف من قيام

2- الضرر بالوصية: والإضرار بالوصية على حالين:

أ- أن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذي فرضه الله سبحانه له، فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه؛ وهذا منعه الشرع، وفي الحديث :﴿ إن الله أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث﴾، إلا إذا رضي الورثة.

ب- أن يوصي لأجنبي لينقص حقوق الورثة، وهذا كذلك منعه الشرع فيما زاد على الثلث سواء قصد المضارة، أولا؛قال النبي صلى الله عليه وسلم:﴿ الثلث والثلث كثير﴾ إلا إذا أجاز الورثة.

إذن الشرع أجازها في حدود الثلث فما دون ليتدارك ما فاته من الخيرات ووجوه الإنفاق، وهذا إذا لم يقصد الموصي الإضرار بالورثة، وإلا فإنه يأثم بوصيته، ولكنها جائزة،قال عز وجل:﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار﴾، وربما كان إضراره بالوصية سببًا لأن يحبط عمله ويذهب أجره؛ فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار﴾، ثم قرأ أبو هريرة ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار﴾ رواه أبو داودوالترمذي.

قال ابن عباس: الإضرار بالوصية من الكبائر، وهل ترد وصيته إذا ثبت قصده أم تنفذ؟

قال الجمهور تنفذ، وعليه الإثم.

وجاء عن مالك ردّها، وقال ابن رجب: وقيل: إنه قياس مذهب أحمد.

3- المضارة في الرجعة في النكاح: قال تعالى:﴿فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضررًا لتعتدوا﴾، وقال تعالى:﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحًا﴾.

فدل ذلك على أنه من قصد بالرجعة إدخال الضرر على الزوجة فإنه آثم، وصورته: أن يطلق زوجته ويتركها إلى ما قبل انتهاء العدة ثم يرجعها، وليس له رغبه فيها.

فذهب مالك: إلى أنه إذا حصل من غير جماع وقصد بذلك مضارتها بتطويل العدة عليها فإنها لا تستأنف العدة من جديد، وإنما تبنى على ما مضى منها قبل أن يراجعها "يعامل بنقيض المقصود".

وفي رواية لأحمد: تبنى مطلقًا سواء قصد الضرر أم لا، إلا إذا جامعها فإنها تستأنف.

وذهب جمهور العلماء: إلى أنها تستأنف عدة جديدة، سواء قصد الضرر أم لا، لكنه آثم إن قصد الضرر (المضارة).

4- **المضارة في الإيلاء:** وهو أن يحلف الرجل أن لا يجامع زوجته مدة أكثر من أربعة أشهر، فإن جامعها قبل مضي المدة تعتبر رجعة وعليه الكفارة، وإن مضت أربعة أشهر وبقي مصرًا على ترك الوطأ فيمنع من الرجعة ؛ إما أن يفيء أو يطلق؛ قال تعالى:﴿ **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾، واختلف الفقهاء عن كيفية منعه من المضارة فيه على قولين:

- الجمهور: يوقف لدى القاضي، ويؤمر بالفيئة أو الطلاق، فإن أبى طلقت عليه طلقة رجعية.
- الأحناف: تطلق بمجرد مضي أربعة أشهر على إيلائه.

وقيس على الإيلاء ما يعد في معناه من إلحاق الضرر بالزوجة مثل: ترك الوطأ من غير يمين، فهذا له حكم المولي، لكن قالوا: الحاكم يتلوم له باجتهاده، فإن رجع وقعت وإلا طلقت عليه.

ومثل ذلك ضربها بغير وجه حق أو شتمها أو تجويعها (عدم الإنفاق عليها) أو عدم تكليمها مما يقضي العرف أنه ضرر.

قال مالك: وليس عندي في ذلك شيء معروف، بل كل ما يعد ضررًا بالعرف، فإذا ثبت ذلك بالشهادة القاطعة، أو السماع المستفيض الفاشي على ألسنة اللفيف من النساء والخدم والجيران، فقيل: لها الطلاق ابتداء كالملتزم في عقد النكاح (إن ضربتك فأنت طالق) أو تشترط عليه (إن ضربتني فطلاقي بيدي).

وقيل: لا تطلق عليه إلا بالرفع إلى الحاكم،بعد زجره أول مرة، فإن رفع إلى الحاكم مرة ثانية طلقت عليه، وهذا هو المشهور.

وكذلك إن أضر بها في مالها، نهي عن ذلك، وأُغرم ما أخذه منها، فإن عاد بعد النهي عاقبه القاضي ولم يطلق عليه.

وألحق بعض المعاصرين بذلك زوجة المدخن، ومن باب أولى زوجة متعاطي المخدرات تطلب الطلاق للضرر، فأفتي: بإجابتها.

5- المضارة في الإرضاع: قال تعالى:﴿ والوالدات يرضعن أولدهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾، و﴿لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾.

الآية تدل على منع الإضرار بالوالدة وبالوالد (لاتضار..) فللوالدة الحق في إرضاع ولدها، كما لا يجوز لها أن تمتنع عن إرضاعه إذا لم يقبل غيرها إضرارًا بالولد، والوالد.

مسألة أخيرة: هل تدخل تحت إلحاق الضرر بالنفس أو البدن، أولا؟

ضرر الأصبع الزائد والحاجب الكثيف أو السن الكبير أو المرأة لها أنف ضخم، فهل لها أن تجمّله، وهل لصاحب الأصبع الزائد قطعه، وصاحب الحاجب الكثيف قصه، وصاحب السن الكبير قلعها؟

قال الطبري: لا يجوز للمرأة تغيير شيء من خلقتها التي خلقها الله عليها بزيادة أو نقصان (الزيادة التي تبقى دائمًا، أما التي لا تدوم فلا)، التماسًا للحسن لا للزوج، ولا لغيره كمن تكون مقرونة الحاجبين فتزيل ما بينهما أو تكون لها سن زائدة فتقلعها أو كبيرة (طويلة) فتقطعها، أو لحية أو شارب، وكل ذلك داخل النهي في الحديث الصحيح عند البخاري ومسلم:"لعن الله الواشمات والمستوشمات والنامصات والمتنصمات والمتفلجات للحسن المغيرات خلق الله".

وقال بعضهم: النهي عن تغيير خلق الله ورد حتى في القرآن في قوله تعالى:﴿ وَقَالَ لَأَتَّخِذَنَّ مِنْ عِبَادِكَ نَصِيبًا مَفْرُوضًا (118) وَلَأُضِلَّنَّهُمْ وَلَأُمَنِّيَنَّهُمْ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ الْأَنْعَامِ وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ﴾.

واختلفوا في المراد بتغيير خلق الله فبعضهم قال: المراد به الدين والفطرة؛ لأن الله سبحانه وتعالى سماها خلقًا لله: ﴿ لا تبديل لخلق الله﴾.

وبعضهم قال: هو إخصاء الحيوانات.

وبعضهم قال: هو هذا الوشم والنمص؛فهو حرام بالقرآن،وحرام بالسنة. وأدخلوا فيه كل ما تدخله المرأة على نفسها من وشم، ووشر، وقشر، ونمص، وتفليج، وغيره.

وقال الطبري: ويستثنى من ذلك (يجوز) ما يحصل بع الضرر والأذية، كمن لها سن زائدة فيجوز لها قطعها ويجوز قلع السن أو قطعها كذلك، والرجل والمرأة في هذا سواء.

وقال النووي ويستثنى من النماص نتف شعر الوجه، وهو إذا ما نبتت للمرأة لحية أو شارب أو عنفقة فيستحب لها إزالتها.

وجاء في حديث أخرجه الطبري من طريق أبي إسحاق عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي الله عنها وكانت شابة يعجبها الجمال فقالت: «المرأة تحف جبينها لزوجها». فقالت رضي الله عنها :« أميطي عنك الأذى ما استطعت» والحديث سكت عنه الحافظابن حجر،ومن قواعده أنه إذا سكت عن الحديث، فإنه في درجة الحسن ويحتج به.

قال ابن الجوزي الحنبلي: « لعن الله الواشمات...» قال: يحمل النهي ثلاثة أشياء، أو يحمل عليها:

1- إما أن الوشم والنمص وغيره كان شعارًا للفاجرات فيكن هن المقصودات به.

2- أو يقصد به التدليس على الرجال، فإنه لا يجوز.

3- أو يكون يتضمن تغيير خلق الله.

وقال أما الأدوية التي تزيل الكلف (شيء في الوجه بقصد التجمل للزوج، فلا أرى بها بأسًا، فيكون الحديث محمولًا على أحد الوجهين الأولين.

وذكر الأثر المروي عن عائشة رضي الله عنها وفيه:« أنها دخلت عليها بكرة بنت عقبة فسألتها عن الحنة فقالت: شجرة طيبة وماء طهور». وسألتها عن الحفات (حف الوجه) فقالت: «إن كان لك زوج فاستطعتي أن تنزعي مقلتيك فتضعي أحسن منها فافعلي».

وفي تفسير ابن عطية عند قوله تعالى:﴿..ولآمرنهم فليغيرن خلق الله﴾:" وملاك تفسير هذه الآية: أن كل تغيير ضار فهو في الآية، وكل تغيير نافعفهو مباح".

- تبين بالاستقراء أن الضرر نوعان:

النوع الأول: تصرفات ليس فيها سوى إلحاق الضرر بالغير.

النوع الثاني: تصرفات يكون للمكلف منها غرض صحيح، لكنه يلحق ضررًا بغيره؛ وذلك بأن يتصرف في ملكه هو، وعند تصرفه يتعدى ضرره إلى غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه فيتضررالممنوع بذلك.

الأول:وهو التصرف في ملكه مما يتعدى ضرره إلى غيره؛ وهو على حالتين:

الحالة الأولى: أن يتصرف على وجه غير معتاد ولا مألوف في ملكه، فلا يسمح له به، وإن تصرف وتضرر غيره ضمنما حصل من الضرر.

مثاله: كأن يأجج نارًا في أرضه في يوم عاصف، فيحترق ما يليه من الجيران، فإن فعل فهو متعد في ذلك وعليه الضمان؛ لأن تصرفه هذا غير مأمون.

وقالوا: كذلك كإحداث دكان للحدادة في سوق الثياب أو النجارة؛ ودكان الحدادة فيه نار قد تضر بباقي الدكاكين فهذا تصرف غير مألوف ولا معتاد وذكر هذه المسألة ابن فرحون في "تبصرة الحكام".

وقال ابن حبيب: مر عمر بن الخطاب رضي الله عنه بكير حداد في السوق، فأمر به، فهدم، وقال:"تضيقون على الناس"(الجواهر لابن شاس).

وقال ابن فرحون: ومن الأفعال الموجبة للضمان:"إذا أوقد رجل نارا بعمل يعمله فترامت النار حتى أحرقت زرع رجل في أندره ، فإن كان قد غر لقربه من الأندر فهو ضامن ، والقرب في ذلك غير محدود، وإنما يرجع فيه إلى أهل المعرفة ، وإن كان عمله للنار على بعد من الأندر في موضع مأمون ، فتحاملت النار أو حملها الريح حتى أحرقت ما في الأندر فلا ضمان على الذي حملها".

هذا كله مع كون التصرف غير مأمون أو غير مألوف.

الحالة الثانية: أن يتصرف على وجه معتاد في ملكه تصرفًا صحيحًا مشروعًا، ونتج عن ذلك التصرف ضرر بغيره فهل يمنع، أولا؟، وفي ذلك مسائل كثيرة منها:

1-إحداث فرن يتضرر بدخانه أو ناره يمنع، بخلاف ما إذا كان ذلك الفرن قديمًا، وجاء الناس وسكنوا بعد ذلك، فهذا لا يمنع، ولذلك عبر بإحداث، ومثله الحمام إذا كان له دخان كذلك يمنع.

قالوا: أما دخان المطابخ ونحوها مما لا يستغني عنها فلا ، ومثل ذلك نفض الحصير من التراب.

وهنا ذكر ابن الرامي في كتابه "الإعلان بأحكام البنيان" مسألة الدخان: قال المعلم محمد بن الرامي: «الدخان ينقسم إلى قسمين: منه ما يمنع ومنه لا يمنع، فالذي يمنع منه: دخان الحمامات والأفران وما قاربه، والذي لا يمنع منه: دخان التنور والمطبخ وما قاربه مما لا بد منه ولا يستغنى عنه من طبخ المعايش وغيرها، مما لا يستدام أمره».

وقال: (الأصل في منع الدخان قوله تعالى:﴿فارتقب يوم تأتي السماء بدخان مبين يغشى الناس هذا عذاب أليم﴾ فجعله الله سبحانه وتعالى عذابًا مؤلمًا.

ومن المدونة، قال سحنون: قلت لابن القاسم: فإن كانت لي عرصة إلى جانب دار قوم فأردت أن أحدث في تلك العرصة حمامًا، أو فرنًا، وأبى ذلك الجيران، أيكون لهم أن يمنعوه في قول مالك؟ قال: إن كان مما يحدث ضررًا بالجيران من الدخان وشبهه، فلهم أن يمنعوه من ذلك؛ لأن مالكً" رحمه الله تعالى قال: «يمنع من ضر جاره».

ونفس الشيء يقال في التوسعة (توسعة الفرن أو الحمام القديمان) وفي هذا يقول ابن الرامي: إن أراد صاحب الدخان القديم أن يحدث دخانًا جديدًا، أو يصفيه إلى الدخان القديم، وهذه النازلة نزلت عندنا بتونس: كان لرجل كوشة فيها بيت نار واحدة، فأراد صاحب الكوشة أن يحدث بيت نار أخرى في كوشته وأن يخرج دخانها في مدخنة بين النارالأولى، فمنعه الجيران، وقالوا: أحدث علينا دخانًا غير الذي كان قديمًا فرفع إلى القاضي (أبي زيد بن القطان) فسد عليهم بيت النار الثانية.

2– إنشاء حانوت قبالة باب لغيره، فيمنع منه ولو في طريق نافذة؛ لأنه أشد ضررًا لتكرر الوارد، وإن كان ابن رشد في "مسائله، قال:ينكب باب الحانوت ما استطاع إلى ذلك سبيلًا، فإذا لم يستطيع فلا يمنع.

3– إحداث الأندر قبالة بيت غيره، فيمنع للتضرر بتبنه.

5– إحداث ماله مضرة بالجدران كحفرمرحاض بقرب جدار جاره، أو بئر، فخاف من ذلك أن يتضرر جدار جاره، يمنع.

أما إضرار البئر ببئر جاره ليقلل ماءها أو يعدمه، ففيه ثلاثة أقوال:

أ–عدم المنع؛ وهي رواية أشهب عن مالك.

ب– المنع وإن كان مضطر لذلك، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

ج- عدم المنع ما لم يضر ببئر جاره ضررًا بينًا، وإلا منع.

ورجح التسولي الأول (عدم المنع) تبعًا لبهرام في كتابه "الشامل"، إلا أنه يعكر على الأول حديث أبي داود في مراسيله من طريق أبي قلابة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"لا تضاروا في الحفر"؛ وذلك أن يحفر الرجل إلى جنب بئر الرجل فيذهب بمائه، وهذا يؤكد القول الثاني: "المنع".

5- الضرر بالمنافع: وهو إحداث فرن قرب فرن، أو رحى قرب أخرى، أو حمام قرب حمام، فتقل غلة الأول، أو تنقطع بالكلية فلا يمنع اتفاقًا.

وقيل: يمنع، وأفتى به ابن منظور الإفريقي صاحب لسان العرب، لكن قوله ضعيف.

6- منع أرباب النحل أو الحمام أو الدجاج من اتخاذه، حيث أضرت بالناس في زروعهم وبساتينهم: وهو رواية "مطرف" عن "مالك".

وقال ابن القاسم: بعدم منعهم، وعلى أرباب الزرع والشجر حفظها بوضع سياج ونحوه،لكن التسولي رجح المنع.

7- ضرر الأصوات: وذلك بأن يحدث في ملكه ما يضر بجيرانه من الدّق، إلا أن الدق في لغةالفقهاء: هو تعصير الثياب بعد غسلها، ومثلها النداف: وهو ضرب القطن لينعم .

قال الونشريسي: في "المعيار" عن "ابن رشد" المشهور عدم المنع ولو اشتد ودام.

وقال "ابن الرحال": إن كان قويًا مستدامًا في الليل، فإنه يمنع على ما يظهر رجحانه من النقول.

8- إحداث ما له رائحة كريهة نتنة، فإنه يمنع كالدبغ:

يقول ابن الرامي: الأصل إزالة النجاسات والرائحة القبيحة لقول النبي صلى الله عليه وسلم:" من أكل من هذه الشجرة فلا يقربن مساجدنا".

ومن الواضحة، قال: ابن حبيب: سألت مطرف وابن الماحشون وأصبغ عن الذي يتخذ مدبغة لدبغ الجلود، فاشتكى جيرانه ضرر الرائحة تصل إليهم، فهل لهم منعه لضر الرائحة؟

فقالوا لي: يمنع من هذا،وكذا ضرر الحمام والفرن، ومنه في الضرر من فتح بقرب جاره مرحاضًا أو قناة سيل القاذورات ولا يغطيه، وما تؤذي رائحته، ويجبر على تغطيتها ليلًا، لئلا يؤذي به جاره، لأن الرائحة تخرق الخياشيم وتؤذي الإنسان.

9- إحداث ضرر يكون فيه التكشف على ما في دار جاره؛ كفتح كوة أو باب فيمنع إحداثها،

وضابط التكشف إذا تميزت الأشخاص والصور، وإلا فلا.

أما القديم فلا يزال، ويستثنى منه المنار، فإنه يمنع المؤذن من الصعود إليه ولو كان قديمًا حتى يجعل عليه ساترًا، قالهابن رشد (الفتاوى ج 1346/2- 1347)؛ وهو الصحيح؛ وهو رواية أشهب عن مالك، وقال ابن رشد: وبه أقول، وقال: يمنع من الدعاء والابتهال بالأسحار لضر الجيران.

10- **ضرر الأشجار**: إذا كانت الأشجار بعد الجدار – أحدثت بعد بناء الجدار – فإنه يقطع منها ما يؤذي جاره من غير خلاف.

أما إن كان الشجر قبل بناء الجدار، فإنه يقطع منه الأغصان التي انتشرت على الجدار، واستظهره ابن رشد، وشهر ابن عاصم ترك القطع،ورده التسولي.

أما ارتفاع الشجر في هواء ملك صاحبها، فلا كلام لجاره في ارتفاعها وانتشارها، ولو منعته الشمس والريح.

11- **ضرر البنيان**: مسألة رفع البنيان، إنسان رفع بنيانه فتجاوز بنيان جاره،فأفسد عليه كوة، فأظلت الغرفة مثلًا، أو منعه الشمس والريح لم يمنع من هذا البنيان لكن بشرط أن يكون للباني في رفع بنيانه منفعة قصدها ككثرة عياله، أما إذا لم يكن له في البنيان منفعة إلا أنه يمنع الشمس والريح عن الأندر السابقة القديمة فإنه يمنع كما رجحه التسولي.

ومثل الأندر منشر المعاصير (عصر الثياب) وجرين التمر(مكان جفاف التمر)، فإنه يمنع. والفرق فيما يظهر أن الدار لا يمكن منع الضوء منها جملة، إذ ما يقابلها من السماء يضيئها قطعًا، بخلاف الأندر وما ذكرنا، فإن منفعتها تبطل كلها بمنع الشمس.

11- إخراج البنيان في طريق المسلمين:

فأما الذي يضر يهدم قل أو كثر باتفاق أهل المذهب، أما الذي لا يضر ففيه ثلاثة أقوال:

1–يهدم مطلقًا.

2– لا يهدم مطلقًا.

3– التفصيل: قال إن كانت السكة نافذة أقل من سبعة أذرع، يهدم. وإن كانت أكثر لم يهدم.

والقول الأول رجحه "التسولي"، ومشى عليه خليل في المختصر، واستدل له ابن الرامي بقوله صلى الله عليه وسلم:"من اقتطع من طريق المسلمين أو أفنيتهم أو من أرض ليست له شبرًا من الأرض طوقه الله عز وجل من سبع أرضين"؛ فالحديث عام سواء ضر أو لم يضر.

وفي الواضحةلابن حبيب: روى مالك أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: مر بأبي سفيان وهو يبني داره بالمدينة وقد قدم أساس الجدار بالطريق، فقال عمر رضي الله عنه: يا أبا سفيان تعديت لحقك وتجاوزت به إلى ما لا حق له فيه، فارفع بناءك، فأسرع أبو سفيان إلى طاعة عمر وتمطى إلى الأساس ينقض حجارته حجرًا حجرًا بيده حتى أزاله، وقال يا أمير المؤمنين من أين تريد؟ قال: أريد الحق، ولما رآه أمير المؤمنين رضي الله عنه سارع إلى امتثال الأمر، رفع يديه إلى الله عز وجل؛ وهو يقول: الحمد لله الذي أعز الإسلام بالحق، ما حسبت أن أبا سفيان يطيع هذه الطاعة»؛ هذا دليل الذين قالوا بالهدم مطلقًا.

أما الرواشن فوق الطريق، فقالوا:لا تمنع إن ارتفعت عن رؤوس الراكبين، وسباط من له جانبان كذلك فلا يمنع إن ارتفع عن رؤوس الراكبين.

القسم الثاني: وهو أن يمنع غيره من التصرف في ملكه، وتضرر هذا الغير بهذا المنع، ومن أهم مسائل هذا القسم:

أ– أن يمنع جاره من الانتفاع بملكه والارتفاق به، فإن كان يتضرر بمن انتفع بملكه فله المنع؛ كمن له جدار ولا يتحمل أكثر مما هو عليه، فله أن يمنع جاره من وضع خشبة عليه.

أما إن كان لا يضر(جداره قوي يتحمل وضع خشبة عليه) فله المنع من التصرف في ملكه بغير إذنه باتفاق، لقوله صلى الله عليه وسلم:"لا يحل لمسلم أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه"، قال الراوي: قال لشدة ما حرم الله من مال المسلم على المسلم، رواه ابن حبان، وهو مذهب مالك وأصحابه.

أما حديث الصحيحين والموطأ وغيرهما فهو قوله صلى الله عليه وسلممن حديث أبي هريرة رضي الله عنه:"لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره ﴾، قال أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمينبها بين أكتفكم

والحديث حمله مالك على الندب، وحمله غيره كالإمام أحمد على الوجوب، وقالوا: يجب عليه جبرًا إذا أراد جاره أن ينتفع بجداره وإن أبى.

أما عند مالك فلا يجبر، فإن أبى فقد أخطأ وأساء.

قال الحكيم الترمذي في كتابه المنهيات: وأما قوله"ونهى أن يمنع جاره أن يغرز خشبة في حائطه" فهذا إقامة لحرمة الجار، وفي منع ذلك قطيعة ووحشة وتباغض، وفي الحكم له أن يمنع ذلك؛ لأنه ملكه، ولكن منعه يؤدي إلى فساد وتباين؛ وهو مع ذلك مسقط لحرمة الجار، وهو عنديداخل في منع الماعون إن شاء الله، وقد قال تعالى:﴿ ويمنعون الماعون﴾، والماعون كل شيء يرتفق به، ورأسهن الركوة، ثم من بعده العواري؛ مثل الفأس والدر والقدر.

وقد اختلفوا في الماعون:

فمالك قال: الماعون:هي زكاة الفريضة؛ لأن الواجب هو الذي يعاقب عليه.

وقال ابن عباس: وهو ما يتبادله الجيران بينهم مثل: الإبرة والفأس، والقدر.

وبعضهم توسط في المسألة: قال هو مندوب، فإن منعها جملة يعاقب؛ لأن المندوب إذا كان مندوبًا بالجزء كان واجبًا بالكل، كما قال الشاطبي .

وأشار إليه ابن العربي في تفسير سورة الماعون؛فقال: وعلي قدر الماعون والحاجةإليه يكون الذم في منعه إلا أن الذم إنما هو علي منع الواجب، والعارية ليست بواجبة علي التفصيل، بل إنها واجبة علي الجملة، والله أعلم؛ لأن الويل لا يكون إلا لمن منع الواجب، فاعلموه وتحققوه.

هنا نذكر ما قاله ابن عبد البر؛ لأنه طوّل في مسألة (الانتفاع بجدارغيره)، قال:« الذين حملوا الحديث «لا يمنعن أحدكم جاره...» على الندب والإحسان (مالك وأبو حنيفة) حجتهم قوله صلى الله عليه وسلم :"لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" رواه البخاري ومسلم.

هذا الحديث يعارض حديث: «لا يمنعن أحدكم جاره...» فيصرف من الوجوب إلى الندب، على نحو قوله تعالى:﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمنكم فكاتبوهم﴾فلم يختلف علماء السلف أن ذلك على الندب مع أن ﴿فكاتبوهم﴾أمر للوجوب، وكذلك حديث"إذا استأذنت أحدكم امرأته للمسجد فلا يمنعها"فهو على الندب والإحسان، لا على وجه الوجوب.

أما الذين حملوا الحديث على الوجوب (الشافعي في القديم وأحمد) حجتهم قول أبي هريرة:« والله لأرمين بها بين أكتافكم» فقد حملها على الوجوب وقالوا: أبو هريرة أعلم بما سمع، وما كان ليوجب عليهم غير واجب، وقالوا: هذا قضاء من رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمرفق.

وحديث :« لا يحل مال امرئ..» إنما هو على التمليك والاستهلاك لا على وجه المنفعة، واحتجوا كذلك بقضاء عمر؛ فإنه قضى بذلك على محمد بن مسلمة للضحاك بن خليفة:إن الضحاك بن خليفة سأل محمد بن مسلمة أن يسوق خليجًا له فيمر به في أرض محمد بن مسلمة فامتنع، فكلمه عمر في ذلك فأبى، فقال عمر رضي الله عنه:«والله ليمرن به، ولو على بطنك»، وكذلك قضى بها عمر لعبد الرحمن بن عوف على عبد الله بن زيد بن عاصم الأنصاري، وهذا يدل على أن هذا من قضاء عمر رضي الله عنه المستفيض، والصحابة لم يخالفوه.

ورد المالكية على لسان (ابن عبد البر) في التمهيد – قال: زعم الشافعي أنه لم يرو عن أحد من الصحابة خلاف عمر في هذا الباب، وأنكر على مالك ما أدخل في موطئه من الآثار في "باب القضاء بالمرفق"؛ قال ابن عبد البر: فليس كما ظن الشافعي، فهذا محمد بن مسلمة من كبار الصحابة ممن شهد بدرًا خالف عمر في ذلك، وإذا وجد الخلاف بين الصحابة وجب النظر في المسألة، ويدل على صحة ما ذهب إليه مالك، ومن قال بقوله (الأحناف) قوله صلى الله عليه وسلم:"إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام...".

وساق ابن عبد البر عدة أحاديث في هذا المعنى كلها تحرم مال المسلم على أخيه المسلم، ثم قال: ولهذه الأصول الكثيرة جدًا حمل أهل العلم هذا الحديث«لا يمنعن أحدكم جاره..»على الندب، والفضل والإحسان لا على الوجوب.

فجماع قولهم (الذين قالوا بالندب) أن هناك حديث واحد؛وهو حديث « لا يمنعن أحدكم جاره...» يدل على الوجوب، وباقي الأحاديث على الندب؛ فقالوا: أقل ما يقال أن هذا الحديث يحمل على الندب، وتبقى الأصول الأخرى على حالها – الندب – جمعًا بين الأدلة.

أما قول أبي هريرة: « مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم»، قالوا: كلام أبي هريرة هذا قاله زمان الصحابة والتابعين، وهذا يدل على أنهم لم يتلقوا حديثه على وجه من إيجاب ذلك؛ وكأنهم لما استنكروا معناه فقد خالفوا ما ذهب إليه أبو هريرة رضي الله عنه.

قال ابن عبد البر: وغاية ما فيه أن مذهبه كمذهب عمر رضي الله عنه، ولو كان على الوجوب لما جهله الصحابة واستنكروه.

ورد الحافظ ابن حجر استدلال المالكية بقوله:واستدل المهلب من المالكية بقول أبي هريرة:"مالي أراكم عنها معرضين" بأن العمل كان في ذلك العصر على خلاف ما ذهب إليه أبو هريرة، قال: لأنه لو كان على الوجوب لما جهل الصحابة تأويله ولا أعرضوا عن أبي هريرة حين حدثهم به؛ فلولا أن الحكم قد تقرر عندهم بخلافه لما جاز عليهم جهل هذه الفريضة؛ فدل على أنهم حملوا الأمر في ذلك على الاستحباب,

وما أدري من أين له أن المعرضين كانوا صحابة، وأنهم كانوا عددا لا يجهل مثلهم الحكم، ولم لا يجوز أن يكون الذين خاطبهم أبو هريرة بذلك كانوا غير فقهاء؟، بل ذلك هو المتعين وإلا فلو كانوا صحابة أو فقهاء ما واجههم بذلك.

- مسألة تابعة لهذا الفرع:

إذا غرز الرجل في جدار جاره خشبة، فهل له أن يزيلها، أم لا ؟

فهو إما أن يغرز الخشبة بإذنه أو بغير إذنه:

فإن غرزها بغير إذنه وعلمه، فله أن ينتزعها سواء أضرت أم لا؛ قال صلى الله عليه وسلم:"ليس لعرق ظالم حق" أخرجه أبو داود بإسناد صحيح.

وإن كان بإذنه؛ فلا يخلو أن يكون:

أن تكونإعارة جداره لينتفع به لأجل، أو لغير أجل.

فإن كانت لأجل معلوم، لزمه البلوغ لذلك الأجل، وليس لصاحب الحائط أن يزيلها عن حائطه حتى يتم بلوغ الأجل.

فإن لم يضرب أجلًا وأراد إزالتها، اختلف فيها على أربعة أقوال:

الأول:قول مالك وابن القاسم وأشهب،قالوا:إن احتاج إلى جداره لأمر لا يريد به الضرر وثبت ذلك، فله أن يزيلها؛ لأن له أن يبني في جداره ويرفع إن شاء ما بدا له.

الثاني:لا ينزع حتى يكون لهما من الأجل بقدر ما يعار لمثله، وهو قول بعض المالكية، وخصه التسولي بغير الغرز مثل فتح باب أو سقي ماء.

الثالث: قول مطرفوابن الماجشون: ليس له نزعها طال الزمن أو قصر احتاج أو استغنى، مات أو عاش، باع أو ورث، إلا أن ينهدم الجدار ثم يعيده صاحبه، فليس له أن يعيدها إلا بإذنه ثانية، وذكراه مطرف، ابن الماجشونعن مالك، واعتمده التسولي – وقالا: هذا القول مراعاة لمن يقول بالوجوب كالشافعي وأحمد، والأحاديث القوية فيه والخاصة، قاله التسولي.

الرابع: قول محمد بن عبد الحكم: له أن يرجع في ذلك، ويرميها.

قال ابن الرامي: فيمن أذن لجاره في غرز الخشب في جداره، أو بفتح باب أو طريق، فهل له الرجوع في ذلك؟

الأصل في غرز الخشبة ما رواه مالك في الموطأ عن أبي هريرة، وروى ابن نافع عن مالك في المجموع، وأشهب في العتبية، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"لا يمنعن أحدكم أخاه أن يغرز خشبه في جداره".

قال المعلم محمد بن الرامي: اختلف في تفسير هذا الحديث هل هو على الندب أو هو على الوجوب؛ فحمله الشافعي وأحمد بن حنبل وإسحاق، وأبو ثور على الوجوب، وحمله مالك وأصحابه على الندب، كما تقدم.

واختلفوا أيضًا في العدد هل هي جملة خشب أو خشبة واحدة؟

قال المعلم محمد بن الرامي: فإن كانت دار رجل تجاور مسجدًا، فأراد أن يغرز خشبه في حائط المسجد فاختلف – الأندلسيون – في قرطبة في ذلك.

ابن سهل: كتبت في شعبان سنة (565 هـ) إلى قرطبة: هل لمن جاوز مسجدًا أو جامعًا أن يغرز خشبه في جداره قياسًا على جدار جاره.

فكتب ابن عتاب: كان الشيوخ رحمهم يجيزون ذلك إذا لم يكن يضر، وكتب ابن العطار بالمنع.

أما مسألة ضرر الأرحية (جمع رحى):

قال المعلم محمد بن الرامي: ومن المدونة، قال سحنون عن ابن القاسم، قال: فإن كانت لي عرصة إلى جانب دار قوم، فأردت أن أحدث في تلك أرحية تضر بجدران الجيران أأمنع من ذلك؟

قال نعم،كذلك قال مالك.

قال ابن الرامي: فضرر الكمادين والأرحية يختلف:

فمنه ما يضر بالجدران بالهز؛ ومنه ما يضر بالساكن لكثر الضرب.

فما يضر منه بالجدران يمنع باتفاق، قاله القاضي أبو الوليد بن رشد.

وما يضر الساكن كالضرب، مختلف فيه على قولين.

قال ابن حبيب في الواضحة: قلت لمطرف وابن الماجشون وأصبغ: والغسال والضراب يؤذي الجيران رفع صوتهما، هل يمنعان من ذلك؟

فقالوا: لا نرى أن يمنع أحد من هذا.

مسألة:في إجراء الماء في أرض غيره ليسقى به أرضًا أخرى.

قال ابن الرامي: عن مالك قولان:

الأول: له منعه؛ وهي رواية ابن القاسم، ولم يأخذ بقضاء عمر رضي الله، والذي دفع مالك للقول بالمنع: خوفه من أن يستحق جري الماء في أرض الرجل (أي بطول الزمن ومروره)، يقول صاحب الأرض التي تمر بها الساقية: الساقية ملكي، في حين هي ملك جاره.

وقال مالك قولته المشهورة: «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»،واشتهرت هذه المقالة على لسان عمر بن عبد العزيز، لكن الأصل أنها لمالك، ولو كان في زمننا كناس زمن عمر لكان ذلك – الجواز – ولقوله صلى الله عليه وسلم:"لا يحل مال امرئ مسلم..."، فمالك رأى أن الفتوى تتغير بتغير الزمان والأحوال.

القول الثاني: عن مالك أن ذلك له– الجواز – وهي رواية ابن نافع.

وهنا حاول ابن الرامي أن يتوسط في المسألة، وقال: ولا ينبغي لمن أرضه بيضاء أن يمنع جاره أن يجري الماء في أرضه؛ لأنه مما لا يضره، وينفع جاره، لكن لا يجبر على هذا.

- **القاعدة الثانية:الضرر يدفع بقدر الإمكان:**

معنى هذه القاعدة: أنه يجب دفع الضرر قبل وقوعه والحيلولة دون حدوثه ما أمكن، وذلك لأن الدفع أسهل من الرفع (لأن الرفع أشد) والوقاية خير من العلاج، والتكليف الشرعي يكون بحسب الطاقة.

فروع هذه القاعدة:

- **قتال الكفار:** فالكفر ضرر، وهو أعظم الرار، فيدفع بقدر الإمكان، ولهذا شرع الإسلام أولًا: دعوة الكفار إلى الإسلام حتى يزال ضررهم، فإن أبوا تضرب عليهم الجزية، فإن أبوا أيضًا يقاتلون، فهذا الضرر دُفع بقدر الإمكان بالتدرج.

- **دفع الصائل:** وهو الباغي على الإنسان بغيًا وعدوانًا، أي هو الذي يتهجم عليك وعلى البيوت، فيدفع بقدر الإمكان بحيث يدفع أولًا بالزجر، فإن لم يكن فبالضرب والجرح، فإن لم يكن فبالقتل.

- **جواز حبس الفساق المشهورين بالدعارة والفساد:** فضرر هؤلاء على أنفسهم وعلىالمجتمع؛ ولهذا يدفع بحبسهم حتى تظهر توبتهم، ولو لم يثبت عليهم جرم قضائي معين؛ دفعًالضررهم المتوقع على المجتمع بقدر الإمكان، وذلك بحبسهم.

4- المغصوب: فالغاصب قد يترتب في ذمته ضرر، فالغصب يدفع بقدرالإمكان، ودفعه يكون برده لصاحبه إن بقي سليمًا، أو يرد المثل والقيمة.

- **ومن المسائل التي طبق عليها المالكية هذه القاعدة**

جاء في التبصرة: لابن فرحون (ج 357/2).

إنسان لو نظر من كوة أو من باب ففقأ عينه صاحب الدار ضمن؛ لأنه قادرعلى زجره ودفعه بالأخف"؛ ولهذا قال المالكية: يضمن؛ لأنه تعدى القاعدة، وهو قادر على زجره ودفعه بالأخف، وهذه القاعدة من أصول الضرر، أما عند الجمهور: فإنه لا دية عليه ولا قصاص.

أما حديث البخاري ومسلم(فتح الباري ج 12/ 244- 245)«لَوْ أَنَّ رَجُلًا اطَّلَعَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنٍ، فَخَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ، فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ مَا كَانَ عَلَيْكَ مِنْ جُنَاحٍ»، فقد عارض هذه القاعدة.

طريقة المالكية في الجمع بين القاعدة والحديث الذي يعارضها:

فسعوا إلى تأويل الحديث، فلا يمكن رده، ولا يمكن رد القاعدة العامة بحديثآحاد؛ فحملوا الحديث على أنه ورد على سبيل التغليظ، قال ابن بطال:اتفق أئمة الفتوى أنه لا يجوز لأحد أن يقتص من أحد حقه دون السلطان، وليس للناس أن يقتص بعضهم من بعض، وإنما ذلك للسلطان، أو من نصبه السلطان لذلك، ولهذا جعل الله السلطان لقبض أيدى الناس ، وقد تأول الناس هذا الحديث أنه خرج على التغليظ والوعيد والزجر عن الاطلاع على عورات الناس.

وقال ابن بطال في موضع آخر من شرحه على البخاري:ومما يدل على أن الحديث خرج على التغليظ إجماعهم لو أن رجلا اطلع على عورة رجل أو سوءته أو على بيته ، أو دخل داره بغير إذنه أنه لا يجب عليه فقء عينه، وهجوم الدار أشد عليه وأعظم أيضًا، فلو وجب فقء عينه لاطلاعه لوجب عليه ذلك بعد انصرافه ؛ لأن الذنب والجرم الذى استحق ذلك من أجله قد حصل، وقد اتفقوا على أن من فعل فعلا استحق عليه العقوبة من قتل أو غيره أنه لا يسقط عنه ، سواء كان فى موضعه أو قد فارقه.

وقال المازري:أماإثباته–أي الضمان–؛ فلأنه لو نظر إنسان لعورة آخر بغير إذنه فلا يستبيح فقء عينه

فالنظر إليه في بيته أولى أن لا يستباح به، ومحمل الحديث عندهم على أنه رماه لينبهه على أنه فطن به أو ليدفعه عن ذلك غير قاصد فقء عينه؛ فانفقأت عينه خطأ؛ فالجناح منتف؛ وهو الذي نُفي في الحديث وأما الدية فلا ذكر لها فيه.

قال ابن رشد في البيان:يحتمل الحديث أن يكون لَمْ يبلغ مالكاً، ويحتمل أن يكون بلغه فرأى القياس المعارض له مقدماً عَلَيْهِ ، عَلَى ما حكى ابن القصار من أن مذهب مالك : إِذَا اجتمع خبر الواحد مَعَ القياس، ولَمْ يمكن استعمالهما جميعاً قدّم القياس، والحجة فيه: أن خبر الواحد لما جَازَ عَلَيْهِ النسخ والغلط والسهو والكذب والتخصيص، ولَمْ يجد عَلَى القياس من الفساد إلا وجه واحد وهُوَ : هل الأصل معلول بهذه العلة أم لا ؟ فصار أقوى من خبر الواحد ، فوجب أن يقدم عَلَيْهِ .

ووجه القياس فِي ذلك أنّ هذا جناية من عاقل بفعله ما يجوز له فعله فوجب أن يكون خطأً، ولا يكون هدراً؛ أصله إِذَا رمى طائراً فأصاب إنسانا.

القواعد الفرعية المندرجة تحت قاعدة الضرر:

الأولى–الضرر لا يزال بمثله:

معناها: أنه لا يجوز إزالة الضرر الواقع بإحداث ضرر آخر مثله، وأولى بضرر آخر أكثر منه.

- ومن فروعها:

1-المضطر: المضطر لا يأكل طعام مضطر آخر.

2- الإنسان لا يأكل فلذة من نفسه: أي لا يجوز للإنسان أن يقطع فلذة من نفسه إن كان الخوف من القطع كالخوف من ترك الأكل أو أكثر فلا يفعل.

3- عدم إجبار الشريك على قسمة المال المشترك فيه: إذا كان المال (المشترك فيه) غيرقابل للقسمة،كجوهرة وفرن صغير.

4- تعسر ولادة المرأة: إذا تعسرت ولادة المرأة وفي بطنها ولد حي يضطرب، وخيف على الأم من بقائه في بطنها فإنه يمنع تقطيعه؛ لأن موت الأم أمر موهوم إلا إذا شهد الأطباء بأن بقاءه يؤدي إلى موتها.

مسألة غريبة عند المالكية: تذكر في آخر باب الجنائز وهي: "امرأة ميتة وفي بطنها جنين حي، هل يجوز بقر البطن لإخراجه، أم لا؟

ما مشى عليه خليل تبعًا لابن القاسم في هذه المسألة أنه لا يبقر.

وذهب أشهب: إلى أنه يبقر؛ لأن الميت لا يصيبه ألم.

وبعضهم قال: يبقر إن رجيت حياته، ذكرها خليل في آخر باب الجنائز مع اتفاقهم على إخراج المال من بطن الميت؛ لأن إخراج المال غير مشكوك فيه بخلاف الجنين فإن سلامته مشكوك فيها.

قال خليل: "وبقر عن مال كثر ولو بشاهد ويمين، لا عن جنين، وتؤولت أيضا على البقر إن رجي، وإن قدر على إخراجه من محله فعل".

ويقال إن مسألة "الجنين في بطن أمه" وقعت زمن ابن القاسم وأشهب، فذهب أهل الجنين إلى ابن القاسم، فقال: لا يجوز؛ أي البقر، ولما قصدوا أشهب، قال: يجوز بقرها؛ فبقروا بطنها، وأخرجوا الولد حيًا.

فلما كبر وصار عالما، قيل له: ما كان من أمره، وأن أشهب كان سببًا في حياته، فقال: لا أقلد ابن القاسم البتة، وقلد أشهب، فقيل: إنه كان أشهبيًّا، وتعصب لأشهب في آرائه ولم يأخذ بآراء ابن القاسم.

الثانية– الضرر لا يكون قديمًا:

معناها: أن كل شيء فيه ضرر يزال، ولا فرق بين قديم وحادث، ولا يعتبر قدمه مادام غير مشروع في الأصل لما فيه من الضرر، والشرع جاء لإزالة الضرر، إلا أنه في المسألة أقسام وتفاصيل.

أ–**الضرر العام:** ويمس كل المجتمع؛ كمن عنده سيل ماء في طريق المسلمين، أو سيل أقذار (أي رميها) أو إخراج الميازيب، أو إنسان ببيته الرواشن بحيث تضر بالراكب والمار، فهذا ما دام ضرره عامًا، فيزال الضرر مطلقًا فاحشًا كان أو غير فاحش، قديمًا كان أو غير قديم لكونه عامًا.

ب– **الضرر الخاص الفاحش:** خاص: أي يصيب مجموعة من الناس؛ كإنسان تسبب في ضرر جاره ضررًا فاحشًا، وذلك مثل:

1– **سيل ماء قديم:** يهون بناء الجار، وينجسبئره، فإنه يزال بوجه يمنع ذلك.

2– **داران قديمتان:**لو كان داران قديمتان ولأحدهما مطل، أوشباك من القديم على مقر النساء في الدار الأخرى، فإن صاحب المطل أو الشباك يجبر على إزالة هذا الضرر.

فلو كانت الدار التي فيها المطل أو الشباك هي قديمة، فجاء آخر فأحدث بجانبها دارا بحيث صار المطل أو الشباك مشرفا على مقر النساء فيها، فإن صاحب الدار الحديثة هو الذي يكلف حينئذ بإزالة هذا الضرر عن نفسه؛ لأنه هو محدثه والمتعرض له؛ فيقال له: استر على نفسك.

ج– الضرر الخاص وغير الفاحش:

مثل من له حق مسيل لكنه يضر جاره ضررًا غير فاحش، قالوا: إن كان قديمًا يعتبر قدمه ويراعى، ولا يجوز تغييره بغير إذن صاحب الحق.

وذكر الباجي: عن سحنون بن سعيد التنوخي (من رواية المدونة) قال: في الأفران توقد للفخار بين دور قوم، ربما اشتكى جيرانها دخانها، قال سحنون: إن القديم لا يعرض له، بل يترك ولا يزال.

وقال ابن القاسم في الكوة تضر بجاره، فقال: لا أمنعه من القديم.

تنبيهان:

الأول: التنازع في قدم الضرر وحدوثه:

يدعي أحدهما قدمه حتى لا يزال، ويدعي الآخر حدوثه، فهو محول على الحدوث، فيزال إلا أن يثبت قدمه؛ وهو المعمول به في المذهب المالكي.

قال ابن عاصم في باب الضرر وسائر الجنايات:

وهو على الحدوث حتى يثبتا   خلافه بذا القضاء ثبتا

الثاني: مسقط القيام بالضرر:

مثلًا: إنسان ادعى الضرر على آخر يجوز له القيام به، لكن قد تدل دلائل على الرضا بالضرر فما هي دلائل الرضا؟

فمما يدل على الرضا بالضرر، قال ابن عاصم:

وعشرة الأعوام لامرئ حضر   تمنع إن قام بمحدث الضرر

وذا به الحكم وبالقيام   قد قيل بالزائد في الأيام

واستدل ابن العربي على العشرة أعوام التي بها يسقط القيام بالضرر بأن الرسول صلى الله عليه وسلم لما بعث إلى مكة بقي عشرة أعوام؛ وهو يدعوهم وصبر على ضررهم، فاعذرهم صلى الله عليه وسلم هذه الأعوام العشرة.

وقد قيل:بأنه لا يحاز مطلقا؛ ففي أي وقت يجور القيام برفعه، وبالتالي يزال بكل حال، ولا ينظر في كونه قديمًا أو حادثًا، بل يجب رفعه وإزالته ولو طالت مدته.

وبعضهم فصل؛ فقال: إذا كان الضرر يتزايد، فإنه لا يحاز بل له الحق في رفعه متى أراده، وإن كان الضرر لا يتزايد فإنه يحاز ولا يحل لمن يضره أن يقوم برفعه.

الثالثة: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف:

معناها: أنه يجوز أن يرتكب ما فيه ضرر إذا كان في ارتكابه دفع لضرر أشد منه؛ وبمعنى هذه القاعدة جاءت قاعدتان أخريتان:

أ–يختار أهون الشرين لكف أعظمهما.

ب– إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما.

وإن كان بعض العلماء قالوا: فيه فرق بين هذه القواعد، فقاعدة «الضررالأشد يزال بالضرر الأخف» مخصوصة بما إذا كان الضرر الأشد واقعًا وأمكن إزالته بالأخف.

أما قاعدة « إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما» فهي مخصوصة بما إذا تعارض ضرران ولم يقع أحدها بعد، وهذا أحسن من دعوى التكرار، لأن التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن.

ويشهد لهذا التخصيصالتعبير بـ "يزال" في الأولىبأن الضرر الأشد واقع، وبـ "تعارض" في الثانية بأن الضرر لم يقع بعد.

وللقاعدة الأول « الضرر الأشد..» شواهد كما قال العلماء.

حديث الأعرابي الذي بال في المسجد فقام إليه الصحابة.

حديث عند أبي داود: أن سمرة بن جندب كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار، قال الراوي: ومع الرجل أهله، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به ويشق عليه، فطلب إليه الأنصاري أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له، فطلب إليهالنبي صلى الله عليه وسلمأن يبيعه فأبى، وطلب إليه أن يناقله فأبى، قال: فهبه له ولك كذا وكذا–أمرا رغب فيه– فأبي، فقال:« أنت مضار»، فقال رسول اللهالنبي صلى الله عليه وسلم للأنصاري:« اذهب فاقلع نخله».

قال ابن القيم في (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص 348 – 349):وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يبعها؛ لما في ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأديهبدخول صاحب الشجر، ومصلحة صاحب الشجر بأخذ القيمة، وإن كان عليه في ذلك ضرر يسير، فضرر صاحب الأرض ببقائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما.

ثم قال: هذا هو الفقه، والقياس والمصلحة وإن أباه من أباه.

تنبيه: مراعاة (أعظمهما) تكون بإزالته؛ لأن المفاسد تراعى نفيًا كما تراعى المصالح إثباتًا.

– تطبيقات لقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف:

– وجوب النفقات في مال الموسرين لأصولهم وفروعهم، مع ما فيه من الضرر، إلا أنه يزيل ضررًا أشد.

– حبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها ولو نفقة ابنه، وجواز ضربه في الحبس إذا امتنع عن الإنفاق.

– الغرس أو البناء في أرض يملكها بسبب شرعي (كالإرث) ثم استحقت الأرض (لغيره)، فإنه ينظر إلى قيمة الغرس أو البناء وقيمة الأرض، فأيهما كان أكثر قيمة يتملكه صاحبه بقيمته جبرًا على مالكه، دفعًا للضرر الأشد بالضرر الأخف.

– الغصب للأرض بسبب غير شرعي:

إذا غصبت الأرض ووقع البناء أو الغرس فيها؛ إما قبل إبان الزرع أو بعده.

فإما أن يطالب صاحب الأرض قبل الإبان؛ وهو بروز الزرع، فصاحب الزرع بالخيار، إما ينزع الزرع أو يتركه ويعطي لصاحب الأرض كراء المثل.

وإن كان بعد الإبان فالمشهور أن لصاحب الزرع زرعه، والآخر (صاحب الأرض) كراء المثل.

ويفتى في هذه المسألة بالشاذ؛ وهو قول"المازري"؛ وذلك بأن يكون الزرع لصاحب الأرض، وذلك لما كثر الغصب والتعدي، وقالوا: إن المخاصم سوف يزرع الأرض ويماطل في الحكم حتى يكثر الزرع.

أما غصب الأرض ثم بنى فيها: فربها بالخيار في هدم البنيان وإزالته، ويأخذ الغاصب أنقاضه.

وأما أن يبقى البنيان ويتركه على أن يُعطي الغاصب قيمة أنقاض البنيان، من خشب وقرميد وآجر وغير ذلك؛ تُقوّم منقوضة بعد طرح أجرة القلع، ولا يعطيه قيمة التجصيص، والتزويق وشبه ذلك مما لا قيمة له.

– أهل السفينة إذا خافوا الغرق،ففي بهجة التسولي: ويجب طرح ما ترجى به نجاة المركب منالمتاع لخوف غرق ولا يطرح الآدمي ولوذمياً .

وقال اللخمي : إذا خشوا الهلاك إن لم يخفف من المركب فيقرع على من يرمى حتى من الآدمي والرجال والعبيد ، وأهل الذمة في ذلك سواء.

ابن عرفة: ونسبة بعضهم لخرق الإجماع؛ إذ لا يرمى الآدمي لنجاة غيره ولو ذمياً، وقاعدة الإجماع على وجوب ارتكاب أخف الضررين لدرء أشدهما شاهدة لقول اللخمي وهي هنا ، وإن كانت لإتلاف النفس فهي فيه لحفظها.

وفي الفروق للقرافي، قال الطرطوشي: ويبدأ بطرح الأمتعة ثم البهائم لشرف النفوس، قال: وهذا الطرح عند الحاجة واجب.

وفي قواعد الأحكام للغز بن عبد السلام: إذا اغتلم البحر بحيث علم ركبان السفينة أنهم لا يخلصون إلا بتغريق شطر الركبان لتخف بهم السفينة، فلا يجوز إلقاء أحد منهم في البحر بقرعة ولا بغير قرعة؛ لأنهم مستوون في العصمة، وقتل من لا ذنب له محرم.

ولو كان في السفينة مال أو حيوان محترم لوجب إلقاء المال ثم الحيوان المحترم؛ لأن المفسدة في فوات الأموال والحيوانات المحترمة أخف من المفسدة في فوات أرواح الناس.

– **قطع اليد المتآكلة:** ذكر القرافي في (الذخيرة): أنه يجب قطع اليد المتآكلة لبقاء النفس، ارتكابًا لأخف الضررين.

– **إذا وقعثورين بين غصنين، أو دينار وقع في جرة، أو دجاجة لقطت فصًا من ذهب**ييجبر صاحب القليل منهم على البيع لصاحب الكثير بين الشجرة والثور، وبين الدجاجة والفص، ارتكابًا لأخف الضررين.

وقال بعضهم في الثور تفصيل:

إذا كان الغصن أكثر قيمة من الثور، ذبح مكانه ولم يقطعه من الشجرة شيء ومصيبته من صاحبه.

وإن كانت قيمة الثور أكثر، قطعت الشجرة، وقيمتها على صاحب الثور.

وذكر الونشريسي في المعياروجهًا آخر عن بعض العلماء: إن كان الثور دخل ليلًا قطعت قرونه وخلت الشجرة؛ لأن على صاحب الدواب والحيوانات حفظها ليلًا.

فإذا دخل نهارًا قطعت الشجرة وخلص الثور؛ لأن على صاحب المواشي حفظها بالليل، وعلى صاحب الحائط حفظه نهارًا.

– حيوان ميئوس من منفعته لكبر أو عيب:

إذا يئس صاحب الحيوان من منفعته لكبر أو عيب من الحيوانات الأليفة التي لا يصح أكلها هل يجوز قتله، أم لا؟

ففيفتاوى الرزلي:ونزلت مسألة؛ وهي: أن قطّاً عَمِي، وفرغت منفعته؛ فاستُفْتيَ فيها شيخنا الإمام ابن عرفة؛ فأفتى: بوجوب إطعامه، وأن لا يقتل، وكذلك ما أيس من منفعته لكبَرٍ أو عيب.

ثم قال: والصواب في ذلك كله عندي الجواز –قتلها– لارتكاب أخف الضررين.

– تطبيقات لقاعدة:إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما:

– فسق الحاكم: إذا طرأ فسق على الحاكم، فلا يعزل من أجله، صححه الرافعي والنووي، وقالوا: لأن عزله يؤدي إلى فتنة أكبر.

– الكذب للإصلاح بين الناس أو بين الزوجين ارتكابًا لأخف المفسدتين.

– تسعير الحاكم: فإنه يجوز للإمام التسعير، فإنه يرتكب ولا يخالف.

– تجويز أخذ الأجرة: على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات، كالأذان وتعليم القرآن والفقه.

– تجويز السكوت على المنكر: إذا كان يترتب على إنكاره منكر أعظم منه.

– جواز طاعة الإمام الجائر: إذا كان يترتب على الخروج عليه شر عظيم.

– جواز شق بطن الميتة: لإخراج الولد إذا كانت حياته مرجوة، وكذلك المال، أي إخراج المال من البطن بشقه بشرط أن يكون المال له بال.

– لو قصد المسلمين عدوان: أحدهما من الشرق والآخر من الغرب، وتعذر دفعهما جميعًا دفعنا أضرهما وأكثرهما عددًا ونجدة ونكاية في أهل الإسلام.

– إذا تعارض الواجب والحرام، يقدم الحرام.

–إذا تعارض المكروه والمندوب يقدم المكروه.

تنبيه: تساوي الضررين:

إذا تعارضت مفسدتان متساويتان اختلف فيه، ورجح بعضهم التخيير، ومُثل له: بمن سقط على جريح بين الجرحى، بحيث يقتله إن بقي عليه، وإن انتقل عنه قتل كفؤا له في صفات القصاص لعدم موضع يعتمد عليه إلا بدن الكفء له، فهو مخير عند بعضهم لاستواء المقام والانتقال.

وقال بعضهم: يمكث وجوبًا؛ لأن الضرر لا يزال بمثله.

وبعضهم استثنى الإمام الأعظم إذا ترتب على قتله مفسدة عظيمة، وكذلك يقال في العالم إذا لزم على قتله هو في الدين أو ضياع العلم فيجب الانتقال عنه، ولا يجوز الانتقال إليه.

أما غير الكف؛ كالكافر فيجب الانتقال عن المسلم إليه؛ لأن قتله أخف مفسدة، وقد لا تكون في قتله مفسدة كما إذا كان حربيًا.

قال ابن مايابى في نظم نوازل إبراهيم بن عبد الله العلوي:

وإن مساويا ففيه اختلفوا لذاك فيه خُيِّر المكلف

كساقط إذا استمر قتلا شخصا ومثله إذا تحولا

وقال العز بن عبد السلام:ولتساوي المفاسد أمثلة:

أحدها: إذا وقع رجل على طفل من بين الأطفال إن أقام على أحدهم قتله، وإن انفتل إلى آخر من جيرانه قتله، فقد قيل: ليس في هذه المسألة حكم شرعي؛ وهي باقية على الأصل في انتفاء الشرائع قبل نزولها، ولم ترد الشريعة بالتخيير بين هاتين المفسدتين.

فلو كان بعضهم مسلما وبعضهم كافرا، فهل يلزمه الانفتال إلى الكافر؟؛ لأن قتله أخف مفسدة من قتل الطفل المحكوم بإسلامه؟

فالأظهر عندي أنه يلزمه؛ لأنا نجوز قتل أولاد الكفار عند التترس بهم حيث لا يجوز مثل ذلك في أطفال المسلمين.

الرابعة: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام:

معناها: إذا تعارض الضرران، خاص وعام، روعي الضرر العام ووجب دفعه، وإن وقع بسبب ذلك ضرر خاص ببعض الناس.

– **تطبيقات:**

– يجوز للحاكم إجبار المحتكرين على بيع ما احتكروه بسعر السوق، وإن أدى ذلك إلى الضرر بهم؛ لأن فيه دفع للضر العام الذي قد يحدث بسبب الاحتكار.

– يجوز نقض (هدم) الحائط المتوهن (يخشى منه الوقوع) إذا كان في الطريق العام دفعًا للضرر العام.

– ذهب بعضهم إلى وجوب قتل قاطع الطريق بأي كيفية وسيلة كانت، بدون قبول عفو ولي القتيل دفعًا للضرر العام (المتمثل في قطع الطريق عن العامة).

4– للحاكم أن يحبس العائن.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"العين حق".

قال القرطبي: إذا عرف إنسان أنه يضر بعينه، وقتل شخصًا بعينه، فإنه يقاد منه – من القود وهو القصاص.

وقال المازري: يحبس في بيته، وإذا كان فقيرا يعطى رزقه من بيت المال؛ لأن ضرره أشد من أكل الثوم الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم:" فلا يقربن مساجدنا" كذلك ورد نفي الساحر والعراف، وهذا العمل كان عمل قضاة تونس في (القرن 09).

– جواز التسعير إذا تعدى أرباب القوت في بيعه بالغبن الفاحش (المالكية: التعسير عندهم يكون في الطعام فقط)، وهذا التعسير قد يضربهم، ولكن يدفع الضرر العام.

– جواز الحجز على الطبيب الجاهل لدفع ضرره على الناس.

– جواز تخريب العقارات المجاورة للحريق لمنع السريان، وهذا بإذن الحاكم.

– جواز المرور في ملك الغيرلإصلاح ما فيه النفع العام، والمقصود بالمرور ليس مرور الإنسان بنفسه، لأنه لا يلحق ضرر بملك الغير؛ وإنما المرور كشف طريق فيه.

وفي أقرب المسالك: "لا يباع عقار(الموقوف)، وإن خرب، ولو بغيره إلا لتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق، ولو جبرا....".

وقال القرافي في ذخيرته: يجبر الإنسان على بيع ماله في سبع مسائل، وذكر منها مما يدخل تحت هذه القاعدة:

مجاور المسجد إذا ضاق يجبر من جاوره على البيع.

والمحتكر يجبر على بيع طعامه.

وصاحب الفدان في رأس الجبل إذا احتاج الناس أن يتحصنوا فيه.

كما وردت في المسائل الملقوطة لمحمد بن فرحون وأوصلها إلى عشرة، ونقلها عنه الحطاب في مواهبه.

– جواز قتل المسلمين إذا تترس بهم العدو: مثلا لو تترس الكفار بأسرى المسلمين وخيف على جيش المسلمين إن لم يرموا، فإنه يجوز أن يرموا بقصد الكفار، وإن أفضى إلى قتل هؤلاء المعصومين؛ لأن فساد ذلك دون فساد استيلاء الكفار على جيش المسلمين.

الخامسة–درء المفاسد مقدم على جلب المصالح:

لأن اعتناء الشرع بالمنهيات،أشد من اعتنائه بالمأمورات، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح:"...فإذا أمرتكم بشيء فآتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيءفدعوه".

وفي حديثه صلى الله عليه وسلم عن أنس:أنبني سلمة أرادوا أن يتحولوا عن منازلهم؛ فينزلوا قريبا من النبي صلى الله عليه وسلم، قال: فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعروا المدينة؛ فقال:" ألا تحتسبون آثاركم"، قال الحافظ ابن حج:ووجهه أنهم طلبوا السكنى بقرب المسجد للفضل الذي علموه منه، فما أنكر عليهم النبي صلى الله عليه و سلم ذلك، بل رجح درء المفسدة باخلائهم جوانب المدينة على المصلحة المذكورة، وأعلمهم بأن لهم في التردد إلى المسجد من الفضل ما يقوم مقام السكنى بقرب المسجد أو يزيد عليه.

تطبيقات:

– مشروعية التخلف عن الجماعة والجمعة بسبب المرض أو التمريض أو الخوف.

–منع التجارة بالمسكرات والمخدرات ونحوها ولو كان في ذلك أرباح ومنافع اقتصادية؛ لما فيها من مفاسد اجتماعية وأخلاقية وصحية وغيرها.

– إن كلا من صاحب العلو وصاحب الأسفل ليس له أن يتصرف تصرفًا يضر بالآخر، وإن كان يتصرف في خالص ملكه وله منفعة.

– يحجر على السفيه؛ لأنه إذا تصرف ضر نفسه، وضر غيره.

– لا يجوز فتح كوة أو نافذة تشرف على مقر نساء جاره.

– قال المالكية: تكره الغسلة الثالثة إذا شك فيها؛ لأن النهي جاء في المبالغة في الطهارة.

– كراهة قراءة السجدة – سورة فيها سجدة – في الفريضة إذا كانت تشوش على العامة، ومثاله: قال حذيفة بن أسيد: شهدت أبا بكر وعمر، وكانا لا يضحيان مخافة أن يظن الناس أنها واجبة.

– كراهة إفراد الجمعة بالصيام؛ لئلا تعظم تعظيم أهل الكتاب للسبت، وكذا كراهة ترك العمل يوم الجمعة مخافة التشبه بأهل الكتاب.، كما يكره الإنفراد بقيام رمضان إذا كان يؤدي إلى تعطيل إظهاره .

–هذه القاعدة اعتبرها "محمد عبده" في منع تعدد الزوجات إذا كان مثارالمفاسد في الأزواج والأولاد، وعشائر الزوجين.

وذهب علال الفاسي في كتابه مقاصد الشريعة(ص179) إلى توقيف العمل بتعدد الزوجات في العصر الحاضر بناء على أن العدل المذكور في القرآن الكريم المراد به العدل العام؛ وهو ما يدفع الإضرار بالطائفة الإسلامية، وبنى ذلك على قاعدة (تقديم الضررالعام على الضرر الخاص).

ثم قال: ولا شك أن منع الأفراد من التعدد إضرار بهم؛ لأنه منع لهم من إرضاء حاجاتهم وعاداتهم، ولكنه إضرار في العصر الحاضر بالمسلمين عمومًا لما يحدثه من مشاكل لا تحصى، كما أنه إضرار بالإسلام نفسه؛ لأن تطور المرأة وصل إلى درجة لا تقبل معه مثل ذلك نظام الذي كان سائدا في بعض عهود الحضارة، وتحميلهاذلك يؤدي بها إلى الطعن في الدين أو الالتجاءللمطالبة بتشريعات منافية للدين، وقد أمرنا الشارع أن نبشر ولا ننفر،..... وحينما قال سبحانه﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾؛ أرشدنا إلى التبصر في كل وقت بما يناسبه، فإن كان التعدد إلى أربع غير مضر بالدين ولا بالمجتمع الإسلامي أقررناه، وإلا أوقفنا العمل به دفعا للضرر العام......ويبقى الحكم في التعدد دائرًا مع وجود العدل في المجتمع أوعدم وجوده.

الكلية الفقهية الكبرى الخامسة: العادة محكمة

- **العادة:**مأخوذة من المعاودة، وهي تكرار الشيء ومعاودته مرة بعد مرة.

أما اصطلاحًا: فهي عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السلمية.

أو هي ما اعتبره الناس وصاروا عليه في أمور حياتهم ومعاملاتهم من قول، أو فعل، أو ترك، وللعادة ست مرادفات نظمت في قول بعضهم:

عرف وغالب وعادة وشبه   تراد فت معنى لدى من انتبه

وقد يزاد الشأن اللائق في   هذا الترادف فستة تفي

– **محكمة:** يعني أن العادة تجعل حكمًا لإثبات حكم شرعي، لم ينص على خلاف بخصوصه، أو أنها تعتبر مرجعًا عند النزاع؛ لأنها دليل يبنى عليه الحكم.

وقال ابن النجار:ضابطه–أي العرف– كل فعل رتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة.

– **أصل القاعدة:**

1– قوله تعالى:﴿ خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾.

وقال ابن عطية: إن معنى العرف: كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة.

قال القرطبيعند تفسير هذه الآية:العرف كل خصلة حسنة ترتضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس.

قال تعالى:﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الْآَيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ**﴾.

فأمر سبحانه بالاستئذان في الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال، ووضع الثياب؛ فابتنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه.

2– حديث ابن مسعود:« ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون قبيحًا فهو قبيح» رواه أحمد في كتاب السنة، وهو حسن، وهو إن كان موقوفا، إلا أن له حكم الرفع؛ لأنه لا مدخل للرأي فيه.

3– قوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة:« خذي من ماله ما يكفيك أنت وبنيك بالمعروف» لما قالت له:إن أبا سفيان رجل شحيح,

وقد ترجم "البخاري" بعد ذكر الحديث وكذا حديث "حَجَمَ رسول الله صلى الله عليه وسلم أبو طيبة فأمر له رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاع من تمر، وأمر أهله أن يخففوا من خراجه وكان عبدًا"، وآية:﴿ومن كان فقيرًا فليأكل بالمعروف﴾؛ فقال: باب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعرفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة.

قال ابن المنير وغيره:مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ.

وقوله صلى الله عليه وسلم لحمة بنت جحش:"تحيَّضي في علم الله تعالى ستا أو سبعا، كما تحيض النساء" أخرجه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وحديث أم سلمة رضي الله عنها: أن امرأة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فاستفتت لها أم سلمة رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فقال:« لتنظر عدة الليالى والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها، فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر، فإذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل فيه» أخرجه أبوداود.

ففيها توجيهه صلى الله عليه وسلم إلى إتباع عاة النساء في الحيض.

ومن ذلك حديث حرام بن مُحَيِّصة الأنصاري عن البرتء بن عازب: قال كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا؛ فأفسدت فيه، فكلم رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فيها فقضى أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل.

قال ابن النجار:وهو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية؛ إذ بنى النبي صلى الله عليه وسلم التضمينعلى ما جرت به العادة.

ثم قال: ومأخذ هذه القاعدة وموضعها من أصول الفقه في قولهم "الوصف المعلل به قد يكون عرفيا"؛ أي من مقتضيات العرف، وفي باب التخصيص في تخصيص العموم بالعادة.

4– من المعقول: إن الشرع راعى في تشريعه بعض أعراف العرب في بعض أحكامه؛ مثل الدية على العاقلة، وكذا الكفاءة في الزواج، وبنى الولاية في الزواج على العصبة (الأب، الابن..)، وكذا الإرث وكذا بعض المعاملات؛ كالمضاربة والسلم، فقد كانت جارية عند العرب.

وإن ما يتعارفه الناس من قول أو فعل يصير من نظام حياتهم ومن حاجاتهم.

الفرق بين العادة والإجماع:

العادة: هي توافق الناس على قول أو فعل بما فيهم العامة والخاصة، القارئون، والأميون، والمجتهدون.

أما الإجماع: فهو اتفاق المجتهدين خاصة على حكم شرعي، ولا دخل فيه للعامة.

العادة:هي توافق جميع الناس أو الأغلبية، فشذوذ بعض الأفراد لا ينقضها ولا يحول دون اعتبارها.

أما الإجماع فلا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين ومخالفة واحد أو أكثر يضر بالإجماع.

الحكم الذي مستنده الإجماع يكون كالحكم الذي مستنده النص، فلا مجال فيه للاجتهاد.

أما الحكم الذي مستنده العرف فهو يتغير بتغير العرف، وليست له قوة كقوة الحكم الذي مستنده النص أو الإجماع.

شروط اعتبار العادة (العرف الصحيح):

- **عدم مخالفتها لنص شرعي**؛ كانتشار الربا، فإنه يعتبر عرفًا فاسدًا.

- **الاضطرار والغلبة:** فلا عبرة بالنادر، مثلًا إذا كانت هناك عدة نقود مختلفة في البلد الواحد، فالبيع يقع بالرائجة إذا غلبت المعاملة بها، أو انصراف الثمن إليها.

-**أن تكون سابقة** (العادة)، فلا عبرة بالعرف الطارئ، وهذا الشرط يختص بالألفاظ، فالعرف الذي تحمل عليه الألفاظ هو المقارن السابق دون المتأخر، أي المعتبر هو العرف المقارن الذي كان موجودًا حال تكلم المتكلم حتى يتنزل كلامه عليه إذا ما وجده سابقًا على وقت اللفظ، دون العرف المتأخر.

ومن أمثلة ذلك: الوقف: فإن العادة السابقة فيه تتنزل منزلة الشرط.

أما العرف الفاسد فلا اعتبار له ولا يراعى، فالشارع الحكيم لم يراعي ما جرى عليه عرف العرب من زواج المقت والطواف بالبيت عراة.

وقد يراعى العرف الفاسد للضرورة، فيكون الحكم مبنيًا على مراعاة الضرورة، ويدخل من قبيل الرخصة التي يقررها الفقيه على سبيل الاجتهاد.

مثال: عقد المضاربة إذا شرط فيه رب المال من الربح قدرًا معينًا لا نسبيا، وقال بعضهم: عقد التأمين في بعض صوره مما دعت إليه الضرورة.

ومما استند إليه هذا الرأي أن النبي صلى الله عليه وسلم: لما وجد عرف أهل المدينة جاريًا على بيع السلم وبيع العرايا، وأنهما لا يستغنى عنهما أباحهما ورخص فيهما، مع أن كلًا منهما عقد غير صحيح، إلا أن ضرورة الناس دعتهم إلى هذا النوع من التعامل، وجرى عرفهم بذلك؛ فراعى النبي صلى الله عليه وسلم عرفهم.

قال ابن عابدين: إذا خالف العرف الدليل الشرعي فهناك حالتان:

1- إما أن يخالفه من كل وجه، بحيث يلزم منه ترك النص بالكلية، فهنا لا شك من عدم اعتبار العادة (العرف) كتعارف كثير من الناس، على كثير من المحرمات، كالربا، وشرب الخمر، ولبس الذهب للرجال، وغير ذلك مما ورد تحريمه نصًا، فهذا لا شك في عدم اعتباره.

2- أن لا تخالف العادة النص من كل وجه، وذلك كأن يرد الدليل عامًا، والعرف خالفه في بعض أفراده، فإن العرف يعتبر إذا كان عامًا، لأن العرف يصلح لأن يكون مخصصًا للدليل ويترك به القياس كذلك، ويسمى استحسانا، كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقا.

ومن ذلك ما ذكره القرافي في ذخيرته عن اللخمي: والعادة اليوم عدم الخروج-أي العروس- للصلاة والحاجات، وأرى التزام العادة؛ لأن على المرأة معرة في ذلك عند النساء.

قال ابن يونس: قال مالك: ولا يتخلف العروس عن الجمعة والجماعات، وقيل: يتخلف عن الجماعات دون الجمعة؛ لأنها فرض.

أما إذا كان العرف خاصًا؛ ففيه خلاف.

دائرة اعتبار العرف (العادة):

أ-اعتبار العادة كالشاهد والشاهدين:

قد يرفعها الشرع إلى درجة الشهادة؛ وهذا كاختلاف الزوجين في متاع البيت، فقالوا: ما كان في العادة أنه يملكه الرجال فهو للزوج مع يمينه، وما أشبه العادة أنه للنساء فهو للنساء مع اليمين.

ب- ترك الدليل للعرف: كما في مسائل الإيمان؛ كالإنسان حلف ألا يدخل بيتًا فدخل مسجدًا، فإنه لا يحنث، فالعادة قصرت البيت على البيت المملوك لشخص، وإن كان المسجد يسمى بيتًا بنص القرآن فيترك الدليل للعرف.

وكذلك من اشترى ثمرًا واشترط بقاءها حتى تنضج، يصح في الاستحسان لعادة الناس ذلك، أما قياسًا فلا يجوز؛ لأن هذا الشرط لا يقتضيه العقد، لأن فيه شغل ملك الغير، أو لأنه بمثابة صفقتين في صفقة واحدة؛ وقد نهى النبي صلى اله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة.

فهذا الشرط خالف القياس والدليل، لكن جُوز استحسانًا، فهذا الاستحسان المستند إلى العادة التي منشؤها حاجة الناس ومصلحتهم خصص النص العام.

كذلك إنسان استعار دابة ثم ردها إلى بيت مالكها(عند بابه، ولم يردها إليه يدًا بيد)، فهلكت لم يضمن استحسانًا لتعارف الناس على الرد بهذه الطريقة، وكان القياس يقتضى أن يردها إلى يد مالكها كالثوب؛ فترك القياس للعادة.

كذلك قالوا في المرأة الشريفة التي تتضرر بالإرضاع، فإنه لا يجب عليها الإرضاع إذا كانت عادة قومها، بشرط أن يقبل الولد غيرها، وإلا وجب عليها.

ج– تخصيص العرف للعموم وتقييده للمطلق:

إنسان حلف ألا يأكل الشواء، اختص يمينه باللحم المشوي دون غيره (السمك المشوي مثلًا)، فلو أكل السمك المشوي لم يحنث؛ لأن العرف لا يعده لحمًا، وإن كان القرآن سماه لحمًا في قوله تعالى:﴿وتأكلون منه لحمًا طريًا﴾، فالعرف خص اللحم المشوي بلحم الضأن، وما شابهه.

كذلك التوكيل في البيع فإنه يحمل على ثمن المثل، وكذلك الشراء.

حمل الإذن في النكاح على الكفء، ومهر المثل.

حمل حفظ الودائع والأمانات على حرز المثل؛ فالعادة تقتضي أن يحفظ الأمانة بمثل ما يحفظ به أمواله، وإلا وجب عليه الضمان.

بيع المداخلة، قال القرافي في فروقه بعد أن عدد ما يدخل تحت العقد

وكذلك حمل الصناعات على صناعة المثل في محلها.

الاستئجار على الطبخ يحمل على إنضاج المثل.

كذلك دخول الكنائس لا يجوز بغير إذن للمسلم لانتفاء الإذنالعرفيواللفظي؛ لأن الكفار يكرهون دخول المسلمين كنائسهم، وهذا موضع عبادتهم، فلا يجوز للمسلم دخولها دون إذن.

قال القرافي في ذخيرته: قاعدة العقود كالنكاحات والإجارات تتناول جميع الأزمان إلا ما استثناه العرف كزمان الأغذية وقضاء الحاجات وغير ذلك أواستثناه الشرع كأوقات العبادات وزمان سماع الخطبة على من تجب عليه الجمعة.

وقال في فروقه: "الفرق التاسع والتسعون والمائة بين قاعدة ما يتبع العقد عرفا وقاعدة ما لا يتبعه، وبعد أن ضرب أمثلة في بيع المداخلة:"فجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التي سردتها مبنية على العوائد غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس، وما عداها مدركه العرف والعادة، فإذا تغيرت العادة أو بطلت بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك، بل تتبع الفتاوى هذه العوائد كيفما تقلبت كما تتبع النقود في كل عصر وحين وتعيين المنفعة من الأعيان المستأجرة إذا سكت عنها؛ فتنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها عادة لعدم اللغة في البابين.

وكل ما صرح به في العقد واقتضته اللغة، فهذا هو الذي لا يختلف باختلاف العوائد، ولا يقال إن العرفاقتضاه فهذا تلخيص هذا الفرق.

وقد اشتمل على ستة ألفاظ:

لفظ الشركة، ولفظ الأرض، ولفظ البناء، ولفظ الدار، ولفظ المرابحة، ولفظ الثمار، هذه الألفاظ كلها حكمت فيها العوائد".

د– حمل الألفاظ على الظنون المستفادة من العادة لمسيس الحاجة إليها:

مثاله: زفاف العروس إلى زوجها مع كونه لم يراها من قبل؛ فإنه يجوز له الدخول عليها؛ لأن زفافها شاهد على أنها زوجته، ثم العقد عليها لبعد التدليس في ذلك في العادات.

طرق باب الدار وإيقاد المصباح ونحوهما جائز للإذن العرفي؛فهما ملك الغير لكن العرف أجازه.

هـ–الحمل على الغالب والأغلب في العادات:

مثلًا: قالوا: من أتلف شيئًا متقومًا، فإنه يلزمه ضمانه بنقد البلد أو من غالبه أو أغلبه، وكذلك وجوب زكاة الفطر من غالب قوت البلد.

و – كل ما ورد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف:

كالحرز في السرقة، فإن الشرع واللغة لم يضبطانه؛ فرجع فيه إلى العرف وعادات الناس، وكذلك التفرق في البيع، فيعد تفرقًا ما كان في العادة.

كذلك في قبض الأشياء يحمل على العرف، كالقبض في العقار يكون بالتخلية، أما في غيره من عرض أو حيوان يكون قبضه بالتسليم أو تسليم زمام الدابة، أو يميزها البائع عن دوابه، أو انصراف عنها.

كذلك الإحياء؛ ومنه الوارد في حديثه الصحيح:« من أحيا أرضًا ميتة فهي له»؛ فالإحياء يكون بما سمي إحياء في العرف.

كذلك التعريف في اللقطة مما يعد تعريفًا في العرف، كذلك قالوا: المسافة بين الإمام والمأموم تحدد بالعرف؛ إذ لم يرد في الشرع ما يحددها.

قال ابن النجار:"وضابطه–أي العرف– كل فعلرتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة؛ كإحياء الموات، والحرز في السرقة، والأكلمن بيت الصديق، وما يعد قبضا وإيداعا وإعطاء وهدية وغصبا، والمعروف في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة.

ومن المسائل التي يتدخل العرف في تحديدها: معيار العناية الواجبة التي يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها؛ فهي معيار موضوعي"السلوك المعتاد"؛ أي المألوغ بين الناس في البيئة الاجتماعية؛ مثل تقصير المودع في حفظ الوديعة عما يحفظ به الناس أموالهم؛ فإنه يضمن.

إن المستأجر إذا كبح الدابة بلجامها فعطبت لا يضمن عند بعض الفقهاء إذا فعل فعلا متعارفا عليه، ويضمن بضرب الدابة ضربا غير معتاد.

ولو اسود البيت المستأجر بالسراج أو إيقاد النار لا يضمن إذا لم يتجاوز المعتاد، وكذلك لا يضمن الفصاد والحجام والختان إذا لم يتجاوز المعتاد.

إذن يتضح من هذه الأمثلة أن العبرة في قياس السلوك بالرجوع إلى المعتاد بين الناس.

إن هذا المعيار الفقهي يتفق مع القانون الإنجليزي والفرنسي، أما مبدأ واجب العناية، فلم يصل القانون الإنجليزي إلى تحديده في قاعدة عامة إلا في أواسط القرن الماضي.

الترجيح بالعرف:

العرف يكون مرجحًا خاصة في المنازعات، وقدمنا مثالًا في اختلاف الزوجين في متاع البيت، وروي عن مالك في اختلاف الزوج والزوجة في قبض الصداق أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض؛ لأن عاداتهم في المدينة أن الرجل لا يدخل بزوجته حتى تقبض جميع صداقها.

يقول عبد الوهاب خلاف ص149: بالنظر الدقيق نجد أن العرف وأمثلته، ما قال الأصوليون والفقهاء فيه يتبين أن العرف ليس دليلًا مستقلًا يشرع الحكم في الواقعة بناء عليه، وإنما هو دليل يتوصل به إلى فهم المراد من عبارات النصوص وألفاظ المتعاملين وإلى تخصيص العام منها وتقييد المطلق،

ويستند إليه في تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد لأحدهما بينة، وفي رفض سماع بعض الدعاوى التي يكذبها العرف، -كإنسان فقير ادعى على غني أنه أسلفه مالًا- وفي اعتبار الشرط الذي جرى به العرف(المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا)، ويستند إليه في الترخيص بمحظور دعت إليه ضرورة الناس وجرى به عرفهم.

قال القرافي في فروقه(الفرق:28):"إذا جاءك رجل من غير إقليمك يسفتيك لا تجره على عرف بلدك... والمقر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداأيًا كانت ضلال في الدين، وجهل بمقاصد المسلمين والسلف الماضين.

تقسيمات العرف:

فالعرف العام: معتبر باتفاق، (عام أي يعم جميع البلاد).

أما العرف الخاص: فقد اختلف فيه بين مانع له، وبين مثبت.

- ويقسم كذلك إلى:

أ-عرف قولي: وهذا يأتي مخصصًا لألفاظ الناس ومقيدًا لاطلاقاتها.

ب- عرف فعلي: هذا كذلك معتبر على الصحيح؛ فيخصص ويقيد.

وخالف "القرافي" في ذلك، وقال: إن العرف الفعلي لا يخصص ولا يقيد وحكى عليه الإجماع في (شرح التنقيح، والفروق) ورد عليه أبو العباس حلولو (القرن8) في (شرح جمع الجوامع) حيث قال: ما حكاه من الإجماع ليس بصحيح، ومثال ذلك: من حلف، وقال: لا آكل خبزًا وعادته أكل خبز البر، فإنه يحنث عند القرافي بخبز الشعير وإن لم يأكله أبدًا، لأن العرف الفعلي عنده لا يعتبر، أما عند جمهور العلماء فإنه لا يحنث إلا إذا أكل ما اعتاده.

وكذلك إن حلف أن لا يلبس ثوبًا معينًا، فإنه عند القرافي يحنث بكل كتان خلافًا للجمهور.

تعارض العرف والشرع: (والعرف يقصد به استعمال الناس):

له حالتان:

أ-أن لا يتعلقبه في الشرعحكم؛ فيقدم عليه عرف الاستعمال:

مثال: حلف إنسان على عدم الجلوس على بساط، أو حلف ألا يجلس تحت سقف أو تحت سراج، ففي الأولى لا يحنث الجالس على الأرض وإن سماها الله بساطًا؛ لأن هنا لم يتعلق بها حكم شرعي، وإنما ذكرها في معرض التذكير بآياته سبحانه وتعالى، وكذلك السماء وإن سماها الله سقفًا، وكذلك تحت الشمس وإن سماها الله سراجًا.

وكذلك إنسان حلف ألا يأكل اللحم، لا يحنث بأكل السمك وإن سماه الله لحمًا﴿ وتأكلون منه لحمًا طريًا﴾؛ لأن الله ذكره من باب بيان عظمته وقدرته، ولم يتعلق بذكره بوصفه حكم شرعي.

ب- أن يتعلق به حكم شرعي: فهنا يقدم الشرع على عرف الاستعمال؛ مثال: حلف إنسان ألا يصلي (النافلة) لم يحنث، إلا بما سماه الشرع صلاة (بركوعها وسجودها)؛ لأن هنا تعلق بها حكم شرعي.

وكذلك في الصيام لم يحنث إلا بما سماه الشرع صيامًا لتعلق حكم الشرعبه، وكأن يحلف إنسان ألا ينكح (لا يتزوج)، فإنه يحنث بمجرد العقد؛ لأن العقد سماه الله نكاحًا.

تعارض العرف مع اللغة:

فهنا يقدم العرف؛ لأن العرف يحكم في التصرفات، ولاسيما الأيمان؛ مثاله: إنسان حلف بعدم أكل رأس ففي اللغة يحنث بكل رأس، ولكن العرف خصه برأس الضأن.

كذلك إنسان حلف ألا يدخل بيتًا، فدخل ضيعة أو بستانًا، أو الكعبة، أو كنيسة، لا يحنث وإن كانت اللغة تسمي كل ذلك بيتًا.

بم تثبت العادة؟

أ–عادة تثبت بالمرة الواحدة؛ كالحائض يقال عنها المعتادة رغم أنها تبنى على المرة الواحدة، كذلك الإهداء للقاضي فإنه لا يجوز؛ إلا إذا اعتادوا الإهداء له قبل الولاية، وتثبت العادة بالمرة الواحدة قبل الولاية.

ب–وتارة تثبت بالثلاث كما في الصيد، فإنه يثبت أنه كلب صيد بإرساله ثلاث مرات على الحيوان، وقيل بل يثبت بالتكرار، ومثل ذلكالإثبات بالقيافة يكون بالثلاث.

ج– وتارة يثبت بالتكرار؛ كماقالوا في اختبار الديك في الأوقات بالتكرار، وكذلك اختبار الصبي في البيع يكون بالتكرار.

د– وتارة تثبت العادة بالعدلين وخاصة في العقود، كما في بيع الخيار (اختلاف البائع والمشتري هل هو بيع خيار، أو بيع بت) فيكون الحكم بشهادة العدلين.

أمثلة للعرف على وجه العموم:

1–الفرق بين المدعي والمدعى عليه؛ فالمدعي قوله على خلاف الأصل أو العرف، والمدعى عليه هو من كان قوله على وفق أصل أو عرف.

2– العيوب في البيوع ضابطها: أنها أمر عرفي يسأل أهل الخبرة عليه؛ فإن اعتبر في العرف عيبًا، فهو كذلك وإلا فلا.

3– كثافة اللحية:في الوضوء من أجل تخليلها وإيصال الماء إلى البشرة أو عدمه تضبط بالعرف.

4– كذلك قرب المنزل، يضبط بالعرف (في أحكام الجار).

5– كذلك المهر والنفقة مما يضبطه العرف، كذلك المسكن، وكذلك الرجوع إلى مقادير الحيض والطهر، فالضابط عرف النساء، كذلك أكثر مدة الحمل فهي أمر عرفي، وكذلك كثرة الفعل في الصلاة ضابطه العرف.

6– كذلك الصديق الملاطف يثبت بالعرف.

7– كذلك أن يقبل قول الوصي إذا أنفق إنفاقًا يليق بالعرف.

8– كذلك السكوت هل يعد إذنًا، أم لا؟؛ فيه خلاف:

أشار إلى ذلك صاحب مراقي السعود:

وجعل من سكت مثل من أقر   فيه خلاف بينهم قد اشتهر

فبعضهم قال: يعد إذنًا؛ وبعضهم قال: ليس بإذن.

وقال آخرون: ما اعتبره العرف إذنًا فهو كذلك وإلا فلا، (أن يمضي الزمان بغلبة الظن فيه أنه لا يسكت عادة إلا وهو راض، لأن العرف محكم، وهذا كالواهب والزواج والشفعة).

فالذين لم يعتبروه رضا؛ قالوا: لأن قد يسكت عن الإنكار مع أنه غير راض.

والذين اعتبروه رضا؛ قالوا: لأن سكوته قرينة دالة على رضاه، واستأنسوا بقوله صلى الله عليه وسلم في البكر:"إذنها صماتها"، ورُدّ بأن تخصيص البكر بالذكر لا يدل أن غيرها ليس كذلك.

قال التسولي في قول التحفة:

ومن يقلب ما يفيت شكله   لم يضمن إلا حيث لم يؤذن له

إن الضمان عند عدم الإذن، أما مع الإذن نصا فلا ضمان عليه فيما سقط من يده، وإنما يضمن ما سقط عليه؛ لأنه خطأ؛ وهو كالعمد.

وشرح البيت:من يقلب كأسًا وصاحب الدكان ساكت، فوقع فانكسر؛ فإذا قلنا السكوت إذن لا يضمن، وإذا قلنا العكس فإنه يضمن.

أما إذا وقع الكأس على كأس آخر ضمن الثاني؛ لأنه خطأ والخطأ في أموال الناس غير معتبر؛ فهو كالعمد.

أما مع الإذن حكما؛ كأن يقلبها وصاحبها ساكت ينظر، فقولان مشهوران مبنيان على أن السكوت

هل هو إذن أم لا؟، وأرجحها أنه ليس بإذن.

قال ابن رشد: لا خلاف أن السكون ليس برضا، وإنما اختلف في السكوت هل هو إذن؟، ورجح كزنه ليس بإذن.

وقال التسولي في قول صاحب التحفة:

وحاضر بيع عليه مــاله   في مجلس فيه السكوت حاله

يلزم ذا البيع وإن أقر من   باع له بالملك أُعطي الثمن

وقد اختلف في السكوت هل هو إذن أم لا؟ وأظهر القولين أنه ليس بإذن ولا إقرار إلا فيما يعلم بمستقر العادة أن أحدا لا يسكت عنه فيكون إذنا وإقرارا.

قال صاحب أضواء البيان: يكثر في فروع مذهب مالك رحمه الله جعل السكوت كالرضا....ثم قال:والذي يظهر لنا في مسألة السكوت عن اللعان أنه إن سكت زمنا يغلب على الظن فيه عادة أنه لا يسكت فيه إلا راض عُدّ رضا، وإلا فلا؛ لأن العرف محكم، والعلم عند الله تعالى.

القواعد الفرعية للقاعدة الكلية (العادة المحكمة):

1-«قال الفقهاء: استعمال الناس حجة يجب العمل بها»:

هذه القاعدة واضحة من ألفاظها، لأنها مؤكدة لقاعدة "العادة محكمة".

معناها: استعمال الناس؛ أي عرفهم وعاداتهم حجة لمن يكون العرفإلى جانبه عند خلو البينات.

2- « المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا»:

خاصة في المعاملات (النكاح، البيوع) فإن المتعارف به بين الناس يكون مشروطًا ضمنًا، ومدلولًا عليه وإن لم يذكر أثناء العقد، لكن بشرط ألا يكون مضاد ما للنص بخصوصه.

فمثلًا: لو تعارف الناس وأصبحت عاداتهم تضمين المستعير، فإن هذا يكون خلاف الشرع؛ لأنه انعقد إجماع العلماء على أن المستعير إذا لم يتعمد ولم يقصر، فلا ضمان عليه، وكذلك المستأجر.

- أمثلة:

-تجهيز الأب لابنته يوم زفافها (ما يسميه الفقهاء بشوار البيت) كالحلي وغيرها، وبعد أن دخل بها زوجها ادعى أنها عارية- أي لم يملكها هذا الجهاز - ولا بينة ولا البنت عندها بينة أيضًا؛ فهنا ينظرإلى العرف، فإن كان عادة قوم مثل هذا الأب يفعلون ذلك عل وجه التمليك فيكون شاهدًا لها، وإذا كان العكس كان شاهدًا له عليها.

أما إذا كان العرف مشتركًا (بعض الناس يفعله، وبعضهم الآخر لا يفعله)، فالقول قول الأب والبينة على البنت.

- اختلاف البائع والمشتري في دخول بعض متعلقات المبيع، إنسان يبيع لآخر دابة، هل يدخل الإكاف (البردعة)، أو لا؟

يرجع للعرف فيكون هو الشاهد، كذلك الحمّال، هل يدخل بالمحمول إلى الدار أو يضعه أمام الدار؟ ينظر إلى العرف.

3- «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»:

فالمعين بالعرف كأنه معين بالنص.

كإنسان استأجر دارًا بدون أن يُبين في العقد ما الذي سيكون فيه، وما الذي يبيعه في الدكان، فهنا يحق للمستأجر الانتفاع بجميع وجوه الانتفاع التي يدل عليها العرف، وإن لم تذكر في العقد.

4- «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»:

من سنة الله في خلقه أنه يغير الأحكام التي قد تنتاب الإنسان، وهذا بقصد التدرج حتى تكون أدعى للقبول، أو لأن مصلحة الناس اقتضت ذلك؛ ففي أول الأمر كان جائزًا للإنسان أن ينكح أخته (على عهد آدم عليه السلام)، ثم حرم ذلك إلى غير ذلك من الأحكام.

-لو فقدت العدالة في الناس: (فلا يقال لا تقبل الشهادة إلا بتوفر العدالة بشروطها كاملة)؛ فنحكم بالأمثل فالأمثل، وانظر لقول عائشة رضي الله عنها:« إنكم لتعملون عملًا كنا نعده على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من الكبائر».

- **تحليف الشهود عند إلحاح الخصم،** فالشهود لا يحلفون، ولكن عند تغير الأزمان وفساد الناس، فإنه يجوز تحليف الشهود.

- كذلك يستطيع الحاكم أن يسن أحكامًا وعقوبات وزواجر وإن لم يكن الشرع قد جوزها أو نص عليه، وهذا لعموم الفساد وكثرة فنون الحرام، وعليه قول:« يحدث للناس أقضية، بقدر ما أحدثوا من الفجور»، ولهذا منع "عمر بن عبد العزيز": عماله من تنفيذ حكم القتل إلا بعد إذنه وإعلامه، وهذه القاعدة ذكرها ابن القيم في إعلام الموقعين وأسهب فيها، وبوب لها بـ:(فصل في تغير الفتوى واختلافها...ج 3/3).

القواعد الكلية غير الكبرى

1-«التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»:

أي أن الإمام لا يكون تصرفه جائزًا إلا إذا كان فيه مصلحة للرعية، قال الإمام الشافعي (منزلة الإمام من الرعية، منزلة الولي من اليتيم)؛ وأصل ذلك ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه عن

عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قاللما ولي الخلافة:«إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة الولي من اليتيم، إن احتجت أخذت منه وإن أيسرت رددته، وإن استغنيت استعففت ».

معنى القاعدة: أن نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم شاءوا أم أبوا معلق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن تصرفه، فإن تضمن منفعة ما، وجب تنفيذه وإلا رد؛ لأن الراعي كالناظر على الوقف (الناظر على الوقف يكون عمله ما فيه صلاح وسداد).

فروع لهذه القاعدة:

– نصب الإمام (للصلاة): لا يجوز أن يكون الإمام فاسقًا، وإن صحت الصلاة خلفه مع الكراهة؛ لأن الحاكم مأمور بمراعاة المصلحة، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل المكروه.

– الإمام (الحاكم) يتخير في أسرى العدو بما هو مصلحة للأمة، إما قتلهم أو استرقاقهم أو الفدية.

3– كذلك الإمام (الحاكم) لو زوج امرأة بغير كفء لم يصح؛ لأن حق الكفاءة للمسلمين، وهو كالنائب عنهم؛ فلا يقدر على إسقاطها.

2– «الجواز الشرعي ينافي الضمان»:

أ–**معنى الجواز الشرعي:** أي كون الأمر مباحًا أذن فيه الشرع فعلًا، أو تركًا.

ب–**ينافي الضمان:** لما حصل من ذلك الشيء الجائزمن التلف، ولكن بشرط ألا يكون ذلك الأمر الجائز مقيدًا بشرط السلامة.

ج– ألا يكون عبارة عن إتلاف المال لأجل نفسه، وإلا فإن عليه الضمان؛ كمن أشرف على الهلاك لجوع أصابه، فإنه يجب عليه إنقاذ نفسه، ولو بإتلاف مال غيره، ولكن يجب عليه الضمان؛ لأنه وإن جوزه الشرع؛ فإنه فعله لأجل إنقاذ نفسه؛ ولأن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

هذه القاعدة صاغها محمد بن الحارث الخشني المالكي "التونسي القيرواني" (ت 361هـ) بقوله في كتابه: "أصول الفيتا" ص: 386: (فكل من فعل فعلًا يجوز له أن يفعله بلا تحظير، ففعله على وجهه فعلًا صوابًا، فتولد من نفس ذلك الفعل هلاك نفس أو ذهاب جارحة أو تلف مال؛ فلا ضمان على ذلك على الفاعلّ.

وإن كان إنما أراد أن يفعل الفعل الجائز له، ففعله فأخطأ في غيره، أو جاوز فيه الحد أو قصر فيه عن المقدار، فما تولد من ذلك فهو ضامن له، وما خرج من هذا الأصل فهو مردود إليه.

وقال ميارة في تكميله:

وكل ما فعل ما يجوز له فنشأ الهلاك مما فعله

وتلف المال فلا يضمن ما آل إليه الأمر وفاقا فاعلما

أمثلة:

- ضمان فعل الطبيب:

قال ابن القيم في زاد المعاد: الطبيب أنواع:

1- **الطبيب الحاذق:** تولد من فعله المأذون فيه تلف، لا ضمان عليه اتفاقًا؛مثلًا: من ختن صبيًا في الوقت المناسب فتلف، فلاضمان عليه.

2- الطبيب الجاهل: هناك حالتان:

أ-إذا علم المجني عليه أنه جاهل وأذن له، فلا ضمان.

ب- إذا لم يعلم، فإن الطبيب ضامن.

3- طبيب حاذق: أذن له المريض فأخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفته، هنا يضمن؛ لأن فعلته يُعد خطأ.

لذلك فإن هناك قاعدة تقول: "سراية الجناية مضمونة باتفاق" ومعنى السراية: ما أدت إليه – ما سار إليه- "وسراية الواجب مهدرة باتفاق".

فإجراء الطبيب الحاذق عملية ما لمريض، واستعمل كل ما تمليه العملية من وسائل وكيفيات، ومات المريض دون تقصير، فلا ضمان عليه.

4- طبيب حاذق: وصف الدواء فأخطأ في اجتهاده فمات المريض، فهنا خلاف، هل هو على عاقلة الطبيب، أو هو في بيت مال المسلمين؟

5- طبيب حاذق: فعل فعلًا من غير إذن للمجني عليه، أو ولي من لا إذن له كالصبي، فهذا يضمن إذا أتلف –انظر: المقدمات لابن رشد ج 250/2 (كتاب "تضمين الصناع).

- تأديب المعلم أو الأب للصبي: فتولد عنه جرح أو هلاك الصبي فلا ضمان عليه إن فعل ما يجوز له.

قال الونشريسي: قيل أصل هذا الباب: من فعل فعلًا يجوز له، فآل أمره إلى العطب فلا ضمان عليه).

وهنا قالوا: يجوز للمعلم أن يضرب الصبيضربًاغير مبرح؛ يقول ابن ما يابى الجكني الشنقيطي:

وجاز ضربه الصبي إن عصا　　　　غير مبرح بسوط أو عصا

قال التواتي في مرجع المشكلات: مضت عادة السلف رضي الله عنهم على عدم الزيادة على ثلاثة أسواط(ضرب غير مبرح: وهو الذي لا يشق جلدا، ولا يكسر عظما، ولا يشين لحما)، فإن اضطر إلى الزيادة على ذلك، فله إلى العشرة سعة، لكن لا بد أن تكون الآلة التي يضرب بها دون الآلة الشرعية التي تقام بها الحدود، ولا يكون الأدب أكثر من العشرة؛ وهو ضامن لما يطرأ على الصبي إن زاد.

أودت صحيفة ديلي تليغراف البريطانية في 2010/01/4: أن الأطفال الذين يؤدبهم آباؤهم؛ بضربهم بشكل خفيف، وغير مؤذ جسديا، ينمون ويصبحون أكثر سعادة ونجاحا عند البلوغ.

جاء ذلك في دراسة أعدها مركز تابع لكلية علم النفس في غرائد رابيدز بولاية ميشيغان الأمريكية؛ والتي خلصت إلى القول: أن الطفل إذا تعرض للضرب الخفيف والتأديب حتى سن السادسة من العمر يتحسن أداؤه في المدرسة، ويصبح أكثر تفاؤلا ونجاحا من نظرائه الذين لا تتم معاملتهم بهذه الطريقة.

وقالت الصحيفة: ومن شأن هذه الدراسة أن تغضب الجمعيات المناهضة لضرب الأطفال والمدافعة عن حقوقهم في بريطابيا؛ والتي أخفقت حتى الآن في انتزاع قرار من الحكومة بمنع الضرب الأطفال.

وقالت مارجوري غنو؛ وهي أستاذة علم النفس في الكلية الآنفة الذكر:إن المزاعم التي قدمها معارضون لضرب الأطفال ليست مقنعة، مشيرة إلى ضرورة اللجوء إلى هذه الوسيلة أحيانا لمنع الطفال من التمادي في تصرفاته المسيئة له ولغيره في المجتمع.

- تأديب الزوج لزوجته:

الأصل في المعاشرة بين الزوجين أن تكون بالمعروف، وللزوج التأديب على زوجته إذا لم تطعه، بأن كانت ناشزًا لكن على الترتيب (الوعظ، الهجر، الضرب).

فلو ضرب الزوج زوجته للنشوز فماتت منه، فإنه يضمن؛ لأن المؤذون فيه التأديب لا القتل، فلما اتصل به الموت تبين أنه وقع قتلًا، والضمان في التأديب عند مالك والشافعي.

وعند أحمد إذا أدب الرجل امرأته في النشوز، ولم يسرف وأدى إلى إهلاكها لم يضمن؛ لأنه مأذون فيه شرعًا، أما إذا تجاوز الحد، فإنه يضمن.

– سقوط الميزاب أو ظلة على رأس إنسان:

ففي المدونة: قلت: أرأيت ما أشرع الرجل في طريق المسلمين من ميزاب أو ظلة، أيضمن ما عطب بذلك الميزاب أو تلك الظلة في قول مالك؟ قال: قال مالك: لا يضمن.

–سقوط إنسان في بئر حفره شخص في داره:

ففي المدونة: قال مالك: من حفر بئرا أو سربا للماء أو للريح مما مثله يعمله الرجل في داره أو أرضه، فسقط فيه إنسان. قال: لا ضمان عليه.

– جناية الكلب المأذون في اتخاذه:

جناية الكلب المأذون في اتخاذه؛ ككلب صيد أو حراسة ماشية أوصيد هدر حيث لم يتقدم له إنذار:

قال ابن القاسم في المدونة: إنه إذا اتخذه في موضع يجوز له اتخاذه فيه، أن لا ضمان عليه حتى يتقدم إليه. وإن اتخذه في موضع لا يجوز فيه اتخاذه، فأراه ضامنا لما أصاب.

جاء في نظم ما يابى:

وما جنا العقورُ من كِلاب وهو المضر لازمُ الكَلاَّبي

وفي شرحه للتواتي في مرجع المشكلات: فإن اتخذه لما يجوز له اتخاذه فيه كحراسة زرع وضرع، ولم يتقدم إليه إنذار، فهدر لا ضمان على صاحبه، وإن تقدم إليه إنذار، والحال اتخذ فيما يجوز له، فالدية.

وإن اتخذه بموضع لا يجوز له اتخاذه فيه كالدار وشبهها، وعلم أنه عقور، وقصد باتخاذه هلاك معين، وهلك المقصود، فالقود، وإلا بان غيره، فالدية للهالك على صاحبه.

وجمع الميارة في تكميله بعض الصور المندرجة تحت قاعدة"الجواز الشرعي ينافي الضمان"؛ والتي لا ضمان فيها بقوله:

كعارف بالطب إن هلك جرى ومومقد التنور في دار الكرا

ومسند الجرة إذا فتح ذا الباب بلا علم بذا

وبعضهم نَفَيَ الضمان قيدا بباب الفتح له قد عهدا

وقوله:" ومسند الجارة...."؛ أي فمن أسند جرة فيها سمن أو نحوه إلى باب رجل، ففتح صاحب الدار بابه فانكسرت الجرة، فهل على صاحب الدار ضمان، أم لا؟ قولان في المسألة:

1–أنه يضمن، باعتبار أن فتح الباب وقع هو والجناية معًا، والخطأ والعمد في أموال الناس سواء.

2– لا يضمن وهو الذي ارتضاه ابن رشد وصححه،وبشرط أن يكون الباب من شأنه أن يفتح، أما الباب الذي من شأنه ألا يفتح، فإنه يضمن.

3– «الخراج بالضمان»:

هذه القاعدة هي لفظ حديث بعينه، أخرجه الشافعي وأحمد وأصحاب السنن، وابن جبان، من حديث عائشة رضي الله عنها، وفي بعض طرقه ذكر السبب؛ وهو :أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء اللهُ أن يُقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبيَّ –صلَّى الله عليه وسلم–، فردّة عليه، فقال الرجلُ: يا رسولَ الله قد استغلَّ غلامي، فقال رسولُ الله – صلَّى الله عليه وسلم –: "الخَرَاجُ بالضمَانِ".

معنى القاعدة أو الحديث:

ما خرج من شيء من غلة أو منفعة عين، فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمانه؛فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له ليكون الغنم في مقابلة الغرم.

وقال "ابن رشد" عن هذا الحديث في (المقدمات، ص: 504):"إن الخراج بالضمان" لفظ عام مستقل بنفسه، إلا أنه ورد في خصوص البيع كما ذكرنا سبب وروده.

واختلف أهل العلم إذا ورد لفظ على سبب، هل يخص به (السبب) أم يكون عامًا، هل العبرة بعموم اللفظ، أم بخصوص السبب؟

وجرهم هذا الاختلاف إلى خلاف آخر وهو: هل قوله "الخراج بالضمان" يحمل على عمومه متى يدخل فيه الغاصب والمشتري، أم يحمل على خصوصه فلا يدخل فيه الغاصب؟

فالذين قالوا: يحمل الحديث على العموم؛ قالوا يدخل فيه الغاصب، وأما الذين قالوا: بخصوص السبب؛ قالوا: لا يدخل الغاصب.

ويعبر الأصوليون عن ذلك بقولهم:« العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب».

وكذلك هل يدخل فيه من ضمن بشبهة أو بغير شبهة؟ خلاف؛ ومعنى (شبهة) فهو يعلم أنها ليست له واستعملها. ولهذا نقل عن مالك الخلاف في الغاصب:

أ- **فروى أشهب:** أن الغاصب لا يرجع عليه بالغلة، أي أن صاحب الشيء لا يرجع عليه بالغلة وتكون له بالضمان في الأصول والحيوان أكرى ذلككله، وقبض الخراج أو سكن الدار، واستخدم العبد، وما أشبه ذلك من المنافع والغلات التي يستغلها.

ب- وروي عنه أنه أوجب على الغاصب رد الغلة في الحيوان والأصول، وهذا أحد قوليه في المدونة.

قال الشيخ علي الزقاق في "منظومة القواعد":

والربح للمال ما عدا غصبًا ووديعة وتفليسًا بدا

4- «الغرم بالغنم»:

الغرم: هو ما يلزم المرء لقاء شيء من مال أو نفس مقابل بالغنم، وهو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشيء.

هذه القاعدة أفادت ما أفادته قاعدة « الخراج بالضمان».

-أمثلة:

-إن مؤنة كراء عين أو نهر مشتركة، بحيث أنه يعمرونها ويطهرونها، فإنها على الشركاء فيه بمقابلة انتفاعهم بحق **الشرب**.

- إيجاب ضمان العين المرهونة على المرتهن لقاء تمكنه من استيفاء دينه منها.

- قيمة ما اتفقوا على إلقائه في البحرمن أمتعة في مسألة السفينة إذا خاف ركابها الهلاك، وأنهم لا يسلمون إل بإلقاء ما عليها من متاع، فما ألقوه من متاع فهو على الركاب، في مقابلة الغنم؛ وهو سلامة أنفسهم.

-أجرة القسّام الذي يكل ويزن للناس، فإنها على الشركاء في مقابلة النفع، أي انتفاعهم بالقسمة، وهل هي على قدر الأنصبة أو الرؤوس؟ خلاف.

5- «الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله»:

معناها: إن الاجتهاد السابق لا تنقض أحكامه السابقة (الماضية) بالاجتهاد اللاحق؛ فيصح ما فعله بالاجتهاد الأول وتبرأ ذمته؛ وهي قريبة من قاعدة: «الظن لا ينقض بالظن».

الأصل في ذلك: إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وكذلك وقائع دلت على هذه القاعدة منها:

أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى في مسائل خالفه عمر رضي الله عنه، ولم ينقض فيها حكمه، أي لم ينقض الأخير حكم واجتهاد الأول؛ ومن أوضح هذه الأدلة:

حكم عمر رضي الله عنه في المشتركة بعدم مشاركة الأشقاء للإخوة للأم، ثم حكم بمشاركتهم فقال:" ذلك على ما قضينا، وهذا على ما نقضي".

توجيه هذه القاعدة: إنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى من الاجتهاد الأول؛ فيصح ما فعله بالاجتهاد الأول؛ ولما فيه من المشقة الشديدة، فإنه إذا نقض هذا الحكم وهلم جرا، فإن فيه مشقة عظيمة، وأثر ذلك في استقرار المعاملات والأحكام.

فروع هذه القاعدة:

-لو تغير اجتهاده في القبلة عمل بالثاني، ولا قضاء في الأول.

- كذلك لو اجتهد، فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله وترك الآخر، ثم تغير ظنه لم يعمل بالاجتهاد الثاني، وإنما يعمل به في المستقبل.

6- «الأصل في الكلام الحقيقة»:

أي أن الكلام يحمل على الحقيقة، و**الحقيقة:** هي الافظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح المتخاطبين.

مثل: القتل: فهو حقيقة في إزهاق الروح، وقد يستعمل للإيلام مجازًا.

أما المجاز: فهو استعمال اللفظ في غير ما وضع له بقرينة.

والمعنى: إذا كان اللفظ يحتمل الحقيقة والمجاز، فإننا نحمله على الحقيقة، إلا إذا وجد صارف. كإنسان أوقف على أولاد أولاد، فهنا يدخل أولاد البنات؛ لأن ولد البنت ولد ولده؛فلفظ الولد حقيقة في الذكر والأنثى.